

**Information und Kommunikation
im Zivilprozessverfahren des Kantons Zürich
als Garant der Rechtsverwirklichung
Ein Beitrag zur Lehre der juristischen Rhetorik**

DISSERTATION

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft**

vorgelegt von

HANS RUDOLF LOOSLI
von Sumiswald (Kt. Bern)

genehmigt auf Antrag der
Herren Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger
und Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart
1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Information und Kommunikation
im Zivilprozessverfahren des Kantons Zürich
als Garant der Rechtsverwirklichung
Ein Beitrag zur Lehre der juristischen Rhetorik**

DISSERTATION

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft**

vorgelegt von

HANS RUDOLF LOOSLI
von Sumiswald (Kt. Bern)

genehmigt auf Antrag der
Herren Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger
und Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart
1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. Gerold Hauser



INHALTSÜBERBLICK mit Leitsätzen

1. KAPITEL INFORMATION UND KOMMUNIKATION IM ZIVILPROZESS-VERFAHREN

“Eine umfassende, gerechte und rasche Rechtsdurchsetzung bzw. Rechtsverwirklichung verlangt vom verfahrensleitenden Richter die Berücksichtigung sämtlicher Informations- und Kommunikationsstrukturen einer konkreten Konfliktdarstellung.”

A. Der Zivilprozess als Kommunikationsverfahren

“Das Zivilprozessverfahren ist eine ziel- und zweckgerichtete sprachliche Interaktion der am Dreieckverhältnis Kläger-Beklagter-Richter Beteiligten. Die Kommunikation stellt das Fundament der prozessualen Gehörsverschaffung dar.”

B. Der Zivilprozess als Informationsverfahren

“Das ziel- und zweckgerichtete Kommunikationsverfahren setzt einen Austausch von Information zwischen den an der Streiterledigung Beteiligten voraus. Der Informationsaustausch innerhalb der prozessualen Informationsgemeinschaft ist unabdingbare Voraussetzung für die Meinungsbildung der Prozessbeteiligten.”

C. Der Zivilprozess als Argumentationsverfahren

“Die Grundlagen der Streiterledigung gehen aus einer kontradiktorischen, argumentativen sprachlichen Interaktion der Streitbeteiligten hervor; die Argumentation ist das massgebende Mittel der prozessualen Gehörsverschaffung.”

2. KAPITEL RICHTERLICHE PFLICHTEN IM ZIVILPROZESSUALEN KOMMUNIKATIONS-, INFORMATIONS- UND ARGUMENTATIONSBEREICH

“Nicht von den Parteien zu vertretende Problemendarlegungs- bzw. Problemverarbeitungshindernisse initiieren ein kompensatorisches Tätigwerden des Richters im Hinblick auf eine sach- und parteiengerechte Gehörsverschaffung.”

A. Pflicht zur Gewährleistung eines gerechten Kommunikationsverfahrens

“Der Richter hat eine waffengleiche Gehörsverschaffung auf dem Wege der prozessualen Kommunikation sicherzustellen.”

B. Kommunikationsförderung-/Kommunikationslenkungspflicht

“Die Rechtsverwirklichungspflicht fordert vom Richter eine aktive Rollenfunktion, sobald von einer Partei nicht zu vertretende Kommunikationshindernisse eine sach- und parteiengerechte Gehörsverschaffung gefährden.”

C. Informationspflicht

“Problemendarstellungs- und Problemverarbeitungshindernisse hat der Richter durch aktive Informationsvermittlung und Informationsbeschaffung zu beheben.”

D. Argumentationsförderungs-/Argumentationslenkungspflicht

“Der Richter hat eine inhaltlich ausgewogene, umfassende Gehörsverschaffung durch das Mittel der Argumentation anzustreben.”

E. Grenzen der Kommunikations- und Argumentationslenkung

“Das kompensatorische Tätigwerden des Richters darf die Grenzen des von den Parteien abgesteckten Konfliktsbereichs nicht sprengen und die grundsätzliche Handlungsobliegenheit der Parteien nicht aufheben.”

3. KAPITEL DIE MITTEL DER MATERIELLEN VERFAHRENSLENKUNG

“Die im Rahmen des kompensatorischen Tätigwerdens des Richters eingesetzten Mittel haben der Parteiaktivität weitesten Spielraum zu belassen und eine möglichst breite Informationsbasis zu verschaffen.”

A. Frage/Befragung

“Die richterliche Fragestellung bzw. Befragung hat an bestimmte Parteiäusserungen anzuknüpfen, informativ und hinsichtlich der Antwort offen zu sein.”

B. Aufforderung/Anweisung

“Die anknüpfende, informative richterliche Aufforderung bzw. Anweisung stellt ein bereits an sich offenes Verfahrenlenkungsmittel dar.”

C. Die Anknüpfung

“Die zeitliche und gedankliche Distanz zwischen mangelhafter Parteiäusserung und Mangelbehebung ist im Rahmen der Verfahrenlenkung zu überbrücken.”

D. Informationsmittel

“Die Mittel der aktiven richterlichen Information haben eine offene, eigenständige Mangelbehebung durch die einzelne Prozesspartei zu gewährleisten.”

4. KAPITEL INFORMATIONS-, KOMMUNIKATIONS- UND ARGUMENTATIONSLENKUNGSFOREN IM ZIVILPROZESS

A. Referentenaudienz zur Vorbereitung oder Vereinfachung des Hauptverfahrens (§ 118 Abs. 1 ZPO)

“Zeigen sich bereits im Zeitpunkt der Klageeinreichung Problemдарlegungshindernisse, dient dieses Forum einer frühzeitigen Verfahrenlenkung.”

B. Referentenaudienz nach § 118 Abs. 2 ZPO

“Dieses Forum hat auf einer formal ausgewogenen Konfliktdarstellungsgrundlage aufzubauen und Gelegenheit zur Verbesserung inhaltlich nicht gleichgewichtiger dialogischer Parteiäusserungen einzuräumen.”

C. Vergleichsverhandlung

“Dieses Forum dient nicht der Prozessgrundlagenerarbeitung, sondern der Verarbeitung bereits Prozessstoff darstellender Konfliktsbereiche und ermöglicht eine weitgehende Verfahrenlenkung im nicht bindenden Verfahrensbereich.”

D. Hauptverhandlung

“Dieses Forum dient der Erarbeitung der Prozessgrundlagen und ermöglicht eine Verfahrenlenkung im bindenden Verfahrensbereich.”

E. Beweisverhandlung

“Dieses Forum dient der Erarbeitung von Entscheidungsgrundlagen; das Beweisverfahren zeichnet sich durch eine institutionalisierte, antizipatorische Verfahrenlenkungs- bzw. Informationspflicht des Richters aus: den Beweisaufgabeabschluss.”

F. Stellungnahme zum Beweisergebnis (Schlussverhandlung)

“Dieses Forum dient der Verarbeitung des Beweisergebnisses, die Verfahrenlenkung ist von untergeordneter Bedeutung.”

G. Das Sühnverfahren

“Dieses Forum bietet die Möglichkeit einer umfassenden frühzeitigen Information und Kommunikation, aufgrund der heutigen Ausgestaltung der Friedensrichterämter und des Sühnverfahrens werden diese Möglichkeiten nicht ausgeschöpft.”

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsüberblick mit Leitsätzen	III
Inhaltsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI
Einleitung	XIII

1. KAPITEL	1
Information und Kommunikation im Zivilprozessverfahren	1
A. Der Zivilprozess als Kommunikationsverfahren	1
B. Der Zivilprozess als Informationsverfahren	3
C. Der Zivilprozess als Argumentationsverfahren	5
1. Argumentationsinhalte	7
1.1 Rationale Argumentationsproblematik	8
1.2 Irrationale Argumentationsproblematik	10
2. Beziehungen zwischen rationalem und irrationalem Argumentationsbereich	11
2.1. Grundsätzliches	11
2.2 Im Sachverhaltsbereich	13
2.3 Im Antragsbereich	15
3. Sprachliche Argumentationsmittel	16
4. Zivilprozessuale Argumentationsfolgen	19
5. Folgen von Argumentationsmängeln	21
6. Verantwortung der Parteien für Argumentationsmängel	22
6.1 Im Sachverhaltsbereich	22
6.2 Im Antragsbereich	22
6.3 Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit	24
2. KAPITEL	27
Richterliche Pflichten im zivilprozessualen Kommunikations- Informations- und Argumentationsbereich	27
A. Pflicht zur Gewährleistung eines gerechten Kommunikationsverfahrens	27
B. Kommunikationsförderungs-/Kommunikationslenkungspflicht	31
1. Kommunikationsförderung	32
2. Kommunikationslenkung	33
2.1 Kommunikationslenkung als Mittel zur vollständigen Problembereichsschaffung	34
3. Gefahren einer Kommunikationslenkung?	37
C. Informationspflicht	39
1. Aktive Informationspflicht	41
1.1 Formelle/materielle Informationspflicht	43
2. Eigeninformationspflicht	44
3. Gefahren der prozessualen richterlichen Information?	45

D. Argumentationsförderungs-/Argumentationslenkungspflicht	45
1. Das Reden im Zivilprozessverfahren als situationsspezifische Sprachverwendung	45
2. Verständlichkeit der Parteivorbringen als Voraussetzung einer sprachlichen Verständigung	48
3. Prozessuale Sprachverwendung als Auslegungsproblem	50
4. Wirkung und Wirksamkeit der Sprachverwendung im Zivilprozess	51
5. Ausgestaltung und Grenzen der richterlichen Argumentationsförderung und -lenkung	56
5.1 Im Sachverhaltsbereich	58
5.2 Im Antragsbereich	61
E. Grenzen der Kommunikations- und Argumentationslenkung	62
3. KAPITEL	64
Die Mittel der materiellen Verfahrenslenkung	64
A. Frage/Befragung	64
1. Ausgestaltung der Frage/Befragung	67
2. Zulässigkeit der bestimmenden Frage	69
B. Aufforderung/Anweisung	73
C. Anknüpfung	74
D. Informationsmittel	75
4. KAPITEL	77
Informations-, Kommunikations- und Argumentationslenkungsforen im Zivilprozess	77
A. Referentenaudienz zur Vorbereitung oder Vereinfachung des Hauptverfahrens (§ 118 Abs. 1 ZPO)	77
1. Im mündlichen Verfahren	78
2. Im schriftlichen Verfahren	80
B. Referentenaudienz nach § 118 Abs. 2 ZPO	81
C. Vergleichsverhandlung	83
1. Zielsetzung	83
1.1 Im Anspruchsbereich	84
1.2 Im Sachverhaltsbereich	85
2. Die Vergleichsverhandlung als prozessuales Informations- und Kommunikationsforum	86
3. Information in der Vergleichsverhandlung	87
4. Kommunikation und Argumentation in der Vergleichsverhandlung	89
4.1 Ausgangslage	89
4.2 Überzeugende/überredende Argumentation der Parteien	91
4.3 Überzeugende/überredende Argumentation des Richters	93
4.4 Richterliche Lenkungsstrategie in der Vergleichsverhandlung	94
D. Hauptverhandlung	95
E. Beweisverhandlung	96
F. Stellungnahme zum Beweisergebnis (Schlussverhandlung)	99
G. Das Sühnverfahren	99
1. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung	99
2. Praktische Ausgestaltung	102
Ausblick	104
Anhang/Statistische Übersicht	105

LITERATUR

- Althaus A. Die Beweisverfügung im Zivilprozessrecht der Schweiz, Diss. Bern 1938
- Baumgärtel G. Gleicher Zugang zum Recht für alle, Prozessrechtliche Abhandlungen, Heft 43, Köln 1976
- Bosshardt O. Vom zürcherischen Prozessvergleich, SJZ 31 S. 245 ff
- Bruns R. Zivilprozessrecht, Berlin/Frankfurt a.M. 1968 (2. Aufl., 1979)
- Carbonnier J. Rechtssoziologie, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd. 31, Berlin 1974
- Clarke M.L. Die Rhetorik bei den Römern, Göttingen 1968
- Cleric G.F. Zur forensischen Würdigung der Suggestivfragen, SJZ 26 S. 225 ff und ZStrR 43 S. 223 ff
- Däubler W. Die Sprache der Bundesgerichte – ein Herrschaftsinstrument? ARSP NF Nr. 9
- Damaschke A. Geschichte der Redekunst, Jena 1921
- Deschenaux H. Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Der Einleitungstitel, Basel/Stuttgart 1967
- Esser J. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1972
- Fischli E. Richterliche Fragepflicht, BJM 1954 S. 81 ff
- Fleiner T. – Recht-Sprache-Wirklichkeit, Zeitschrift für Philosophie und Theologie, Bd. 19, Freiburg i.Ue. 1972, S. 165 ff
– Recht und Gerechtigkeit, Zürich 1975
- Fleiner F. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923
- Fleiner/Giacometti Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1976
- Frank R. Die Gefährdung zivilrechtlicher Ansprüche durch kantonales Prozessrecht, SJZ 63 S. 249 ff
- Gadamer H.-G. Wahrheit und Methode, 3. Aufl., Tübingen 1972
- Goldschmidt J. Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925
- Guldener M. – Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979
– Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955
– Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 80 II 1 ff
– Treu und Glauben im Zivilprozess, SJZ 39 S. 389 - 395 und S. 405 - 409
- Haft F. Juristische Rhetorik, Freiburg i.B./München 1978
- Hauser R. Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974

- Hauser/Hauser Kanton Zürich. Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl., Zürich 1961 - 1978
- Hausheer H. Grundlagen und Grundfragen des Rechts, ZBJV 108 S. 448 ff
- Heinz K.E. Juristische Sprachverwendung und Kommunikationssituationen, ARSP NF Nr. 9
- Henckel W. Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970
- Hinderling H.G. Rechtsnorm und Verstehen, Bern 1971
- Hoffmann-Riem W. Interaktion vor Gericht, Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, Bd. 2, Nachwort zum Referat von F. Schütze, S. 101 ff
- Jolidon P. Vérité, Justice et Procédure Civile, ZBJV 109 S. 177 ff
- Kaufmann A. Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt a.M. 1972
- Kaufmann A./Hassemer W. Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg/Karlsruhe 1977 (UTB 593)
- Kohlbacher U. Verteidigung und Verteidigungsrechte unter dem Aspekt der "Waffengleichheit", Diss. Zürich 1978
- Kummer M. Grundriss des Zivilprozessrechtes nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3. Aufl., Bern 1978
- Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975
- Lautmann R. Justiz - die stille Gewalt, Frankfurt a.M. 1972
- Lehmann H. Lehrbuch der Rhetorik, 2. Aufl., München/Wien 1968
- Leuch G. Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Bern 1956
- Levi R. Der Richter als Vermittler, SJZ 63 S. 255 ff
- Loosli P. Die unbezifferte Forderungsklage, Diss. Zürich 1977
- Lorenz K. Die Überzeugungskraft von Argumentationen, ARSP NF Nr. 9
- Lüderitz A. Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte, Tübingen 1966
- Llewellyn K. Recht, Rechtsleben und Gesellschaft, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd. 40, Berlin 1977
- Lutz O. Die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens bei Klagen auf Geldleistungen, SJZ 26 S. 244 ff
- Matter F. Der Richter und seine Auswahl, Diss. Zürich 1978
- Meier-Hayoz A. Berner Kommentar, Bd. I, Einleitung, Bern 1962
- Meier I. Iura novit curia, Diss. Zürich 1975
- Müller O. iura novit curia, ZBJV 91 S. 1 ff
- Müller F. Juristische Methodik, 2. Aufl., Berlin 1976
- Müller J.P. Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1977, ZBJV 115 S. 154 ff
- Oftinger K. Über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation, SJZ 63 S. 353 - 361
- Oplatka-Steinlin, H. Untersuchungen zur neuhochdeutschen Gesetzessprache, Zürich 1971

- Ott E. – Zur Frage der Rangordnung unter den Auslegungsargumenten, ZSR 92 I, S. 247 - 269
- Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979
- Piaget J. Geist und Psyche. Psychologie der Intelligenz, Paris 1947
- Rehbinder M. Rechtssoziologie, Berlin/New York 1977, Sammlung Götschen Bd. 2853
- Reichel H. Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915
- Rosenbaum W. Naturrecht und positives Recht, Rechtssoziologische Untersuchungen zum Einfluss der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts, Neuwied 1972
- Rottleuthner H. Richterliches Handeln, Frankfurt a.M. 1973
- Russel B. zit. in Horst Geckeler, Strukturelle Semantik und Wortfeldtheorie
- Schönke-Kuchinke Zivilprozess, Lehrbuch, 9. Aufl., Karlsruhe 1969
- Schlüter H. Grundkurs der Rhetorik, 4. Aufl., München 1977
- Schneider J. Vorverständnis, Legitimationsbedürfnis und Organisation als Einflussgrösse, ARSP NF Nr. 9
- Schreckenberger W. Rhetorische Semiotik als rechtswissenschaftliche Grundlagendisziplin, ARSP NF Nr. 9
- Schütze F. – Interaktion vor Gericht, Schriftenreihe der Vereinigung für Rechtssoziologie, Bd. 2, Baden-Baden 1978
- Sprache soziologisch gesehen, München 1975
- Seiffert H. Einführung in die Wissenschaftstheorie, München 1971
- Sieveke F.G. Deutsche Übersetzung zur klassischen Rhetorik Aristoteles, München 1973
- Simon J. Sprachphilosophische Alternative, ARSP NF Nr. 9
- Sträuli/Hauser Gesetze über die zürcherische Rechtspflege, II. Gesetz betr. den Zivilprozess (Zivilprozessordnung), 2. Aufl., Zürich 1939
- Sträuli/Messmer Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976
- Struck G. – Zur Bedeutung von Widersprüchen, ARSP NF Nr. 9
- Zur Theorie juristischer Argumentation, Berlin 1977
- Studer P. Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1976
- Tinner R. Das rechtliche Gehör, ZSR 83 S. 297 ff
- Trechsel S. Die europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974
- Troller A. – Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Basel 1945
- Der Einfluss der phänomenologischen Methode auf das zivilprozessuale Denken, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1966, S. 1 ff
- Vasak K. La convention européenne des droits de l'homme, Paris 1964
- Volkmann R. Die Rhetorik der Griechen und Römer in systematischer Übersicht, Hildesheim 1963
- Walder H. Einvernahmeteknik, ZStrR 88 S. 361 ff
- Walder H.U. – Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. Aufl., Zürich 1979
- Prozess erledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966

- Die Oficialmaxime, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Heft
Zürich 1973
- Westermann Ch Argumentationen und Begründungen in der Ethik und Rechtslehre, Schri-
ten zur Rechtstheorie, Heft 61
- Whorf B. Sprache, Denken, Wirklichkeit, Beiträge zur Metalinguistik, Herg. un-
übersetzt von P. Krausser, Heimberg 1963
- Wyss R. Das Verhältnis von Mündlichkeit und Schriftlichkeit zu den wichtigsten
Prozessmaximen am Beispiel des Zivilprozessrechts des Kantons Zürich
Diss. Zürich 1971
- Weber M. Rechtssoziologie, 2. Aufl., Tübingen 1967
- Winter/Schumann Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, Jahrbuch für
Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, Bd. 3, S. 529 - 553
- Zäch R. -- Privatrechtliches Gesetz -- soziale Ordnungsmacht, SJZ 74 S. 181 ff
-- Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR 96 I S. 313 - 343
- Zippelius R. Das Wesen des Rechts, Eine Einführung in die Rechtsphilosophie, 3
Aufl., München 1973

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Herausgegeben im Auftrage der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Wiesbaden
a.E.	am Ende
a.M.	andere Meinung
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
c.	contra, gegen
Diss.	Dissertation
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift (Kehl a. Rhein)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
i.S.	in Sachen
Komm.	Kommentar
KV	Kantonsverfassung
Lit.	Literatur
lit.	litera, Buchstabe
m.E.	meines Erachtens
N	Note; Fussnote
NF	Neue Folge
Nr.	Nummer
OG	Obergericht
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
PatG	Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954
Pra	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts (Basel)
S.	Seite

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO	Strafprozessordnung
VO	Verordnung
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPR	Zivilprozessrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)

EINLEITUNG

Im Rahmen des gewöhnlichen Zivilprozessverfahrens erhält ein Konflikt nur in dem Umfange Existenz, in welchem die Konfliktparteien diesen artikulieren. Allein innerhalb des durch das Mittel der Sprache dargelegten Sachverhalts- und Anspruchsbereiches findet die durch die Anrufung des Richters angestrebte Rechtsverwirklichung statt. Nachfolgend soll nicht der letzten Endes richterlichen Streitentscheidung das Hauptaugenmerk geschenkt werden, sondern im Zentrum der Betrachtung soll der "Fall", die prozessuale Konflikterarbeitung und Konfliktsproblemverarbeitung durch die Prozessparteien und die Funktion des Richters vor der eigentlichen Streitentscheidungsphase stehen.

Aufgrund der im Anhang wiedergegebenen statistischen Angaben muss diesem Verfahrensbereich grosse praktische Bedeutung zukommen, sowohl hinsichtlich einer Streiterledigung durch die Parteien selbst als auch bezüglich der Streitentscheidung durch richterliches Urteil. Dem Prozessverfahren vor der eigentlichen Entscheidungsphase muss damit nicht zuletzt wichtige Bedeutung als Meinungsbildungsprozess zukommen. Meinungsbildung, Meinungsmodifikation aber setzen Informationsaustausch und Kommunikation voraus. Letztere sind Essentialia des prozessualen, vorentscheidenden Konfliktbehandlungsverfahrens und prozessuale Obliegenheiten der Prozessparteien, die ihrerseits Informiertsein und Kommunikationsfähigkeit voraussetzen. Eine umfassende Rechtsverwirklichung ist nur aufgrund einer umfassenden Konfliktdarstellung möglich. Welche Problematik ergibt sich für die handlungsverpflichteten Prozessparteien, welche Stellung nimmt der entscheidungsberufene Richter im Rahmen dieser Problematik ein? Welche Möglichkeiten, Pflichten und Mittel stehen in dieser vorentscheidenden Prozessphase im Hinblick auf eine umfassende Rechtsverwirklichung zur Verfügung?

Anstoss, Material und Grundlage zur vorliegenden Arbeit gab eine mehrjährige Beobachtung von Zivilprozessverfahren vor einem erstinstanzlichen zürcherischen Landgericht.

1. KAPITEL

KOMMUNIKATION UND INFORMATION IM ZIVILPROZESSVERFAHREN

A. DER ZIVILPROZESS ALS KOMMUNIKATIONS- VERFAHREN

In der Zivilprozesssituation finden sich Parteien und Richter¹ zum Zwecke der Streiterledigung zusammen. Im Rahmen dieses Streiterledigungsverfahrens wird unter Verwendung des Kommunikationsmittels der Sprache (gesprochenes und geschriebenes Wort), gegebenenfalls unterstützt durch weitere Ausdrucksmittel (Gestik, Mimik, Körperhaltung), auf relativ befriedetem Wege um das "Recht", das "Rechthaben" gerungen. Die sprachliche Interaktion der am Prozess Beteiligten stellt damit ein ziel- und zweckgerichtetes Kommunikationsverfahren dar². Dieses findet bezüglich der Parteien vor dem Hintergrund einer menschlichen Ausnahmesituation statt: der Streitsituation (mit all ihren emotionalen Einschlüssen). Der Rahmen für das prozessuale Kommunikationsverfahren ist eingehend normiert; den Streitparteien (aber auch dem Richter) werden klar abgegrenzte Kommunikationsforen zur Verfügung gestellt (Hauptverfahren, Vergleichsverhandlung, Referentenaudienz, Beweisverfahren, Schlussverhandlung). Als Folge der im materiellen Zivilrecht geltenden Privatautonomie steht es den Prozessparteien frei, Art und Umfang des Streites (im Sachbereich und Anspruchsbereich) festzulegen³.

1 Im folgenden wird der Begriff "Richter" sowohl hinsichtlich Einzelrichter als auch Kollegialgericht verwendet.

2 Die deutsche Rechtswissenschaft unterscheidet Parteihandlungen nach dem Zweck (Angriffs-/Verteidigungsmittel), nach dem Inhalt (Sachanträge/Prozessanträge) und nach den Wirkungen (Erwirkungs- Bewirkungshandlungen), vgl. Schönke-Kuchinke, Zivilprozessrecht, S. 144; Goldschmidt, der Prozess als Rechtslage, S. 364 u. 456 ff. Zur Bedeutung, den Vor- und Nachteilen des mündlichen und schriftlichen Verfahrens vgl. Wyss, das Verhältnis von Mündlichkeit und Schriftlichkeit zu den wichtigsten Prozessmaximen am Beispiel des Zivilprozessrechts des Kantons Zürich, S. 46 ff.

3 Diese "Freiheit" findet ihren grundlegenden Ausdruck in der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime (§ 54 ZPO); vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 59 f, Meier, iura novit curia S. 8, 86/87; hinsichtlich der Geltung der Privatautonomie im Prozessrecht vgl. insbesondere Studer, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess, S. 15 ff und dort zitierte Lit.

So steht es der einzelnen Partei resp. den Parteien auch frei, einer Weiterführung eines hängigen Prozesses die Grundlage zu entziehen (Klagerückzug, Klageanerkennung, Vergleich)⁴. Korrelat dazu bildet die grundsätzliche Kommunikationsfreiheit innerhalb des prozessualen Rahmens. Auch diese "Freiheit" ist keine schrankenlose: sie wird beschränkt durch die Gebote von Anstand, Sitte und den Grundsatz von Treu und Glauben⁵. Sie erfasst auch nicht – und insofern gibt es kein dem Zivilrecht entsprechendes dispositives Prozessrecht – die Folgen der an sich freien kommunikativen Prozesshandlungen der Parteien im Rahmen des Prozesses⁶. Die freie prozessuale Kommunikation bildet die Basis für die Gehörsverschaffung der Prozessparteien, ihr Ergebnis die allein massgebende Grundlage für den richterlichen Entscheid. Das prozessuale Kommunikationsverfahren zeitigt im weiteren wichtige Auswirkungen auf die Meinungsbildung der Parteien und die (teilweise oder vollumfängliche) Streiterledigung durch diese selbst⁷.

Der Kommunikationsfluss verläuft nicht nur auf der Ebene Parteien – Richter, sondern auch in umgekehrter Richtung (jedoch nicht in demselben "freien" Umfang). Der Stellung des Richters im Rahmen des prozessualen Kommunikationsverfahren kommt eine bedeutungsvolle Leitungs- und Lenkungsfunktion zu⁸.

4 Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien nicht frei verfügen können (§ 54 Abs. 3 ZPO) bleiben unberücksichtigt; vgl. diesbezüglich Guldener, ZPR, S. 49 ff., Walder, der neue Zürcher Zivilprozess, S. 201.

5 § 50 ZPO; § 124 GVG (Einhaltung von Ruhe und Ordnung in den Verhandlungen). § 131 Abs. 1 GVG (Rechtschriften haben einen gebührlchen Inhalt aufzuweisen). BGE 96 I 530 "Eine Beschwörung des Gerichtes, wie sie hier vorliegt, überschreitet die Grenzen der dem Anwalt gestatteten rhetorischen Freiheit nicht... Ebenso wenig lag darin der Versuch einer ungehörigen Beeinflussung des Gerichtes. Von einer solchen könnte nur gesprochen werden, wenn der Beschwerdeführer dem Gericht für den Fall der Verurteilung des Angeschuldigten irgend welche Nachteile, wie z. B. eine Zeitungspolemik oder eine Intervention im Parlament, in Aussicht gestellt hätte"; BGE 103 I a 426, Pra 67 Nr. 106; Guldener, ZPR, S. 175 N 1.

6 Guldener, ZPR, S. 52, 60.

7 Vgl. Anhang (50-75% der gewöhnlichen Zivilprozesse werden ohne Anspruchsprüfung durch den Richter erledigt).

8 Vgl. Anhang: 30-50% der gewöhnlichen Zivilprozesse werden ohne Anspruchsprüfung durch den Richter, jedoch nach Durchführung einer oder mehrerer Verhandlungen erledigt (Quelle: jährliche Rechenschaftsberichte des Obergerichtes und des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich).

Der richterlichen Leitungs- und Lenkungsstätigkeit kommt wichtige Bedeutung zu sowohl hinsichtlich der Gewährung einer Gelegenheit zur mängelfreien Erfüllung der prozessualen Obliegenheiten als auch zur Verbesserung mangelhafter Parteihandlungen; vgl. Guldener, ZPR, S. 282 ff., insbesondere S. 286 Ziff. II.

Die im Anhang dargestellte statistische Übersicht zeigt, dass im Bereich der gewöhnlichen Zivilprozesse der dialogischen Konfliktserledigung ebenso grosse Bedeutung zukommen muss, wie der Konflikterledigung durch richterliches Urteil (ca die Hälfte der beim Friedensrichter eingeleiteten gewöhnlichen Zivilklagen werden mittels Ausstellung einer Weisung, ca ein Drittel der beim Richter anhängig gemachten gewöhnlichen Zivilklagen werden durch Urteil erledigt). Der Stellenwert des Zivilprozesses als Verständigungsvorgang muss ebenso bedeutend sein wie die autoritative Streitentscheidung. Selbst letztere ist ohne grundlegende Verständigung der Prozessbeteiligten undenkbar, bedarf doch jede Urteilsfällung im Minimum eines allseitigen Grundverständnisses hinsichtlich der zu beurteilenden Konfliktgegenständlichkeiten.

B. DER ZIVILPROZESS ALS INFORMATIONSVORFAHREN

Das ziel- und zweckgerichtete Kommunikationsverfahren im Prozess ist in verschiedener Hinsicht ein Informationsaustauschverfahren. Jede Äusserung im Rahmen des Prozesses (mündlicher Vortrag oder Schriftsatz) vermittelt Information und gibt Aufschluss über die Haltung des sich Äussernden⁹. Nach der im Zivilprozess geltenden Verhandlungsmaxime obliegt es den Parteien, dem Richter "das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen". Nur "behauptete Tatsachen" werden dem Prozessverfahren zugrundegelegt¹⁰.

Schliesslich haben die Information vermittelnden Äusserungen "klar, vollständig und bestimmt" zu sein¹¹. Kommunikative Verhandlungen bedürfen damit eines bestimmten Informationsgehaltes: einerseits in inhaltlicher (umschrieben mit dem Begriff "vollständig"), andererseits in ausdrucks-mässiger (umschrieben mit den Begriffen

9 Schlüter, Grundkurs der Rhetorik, S. 25 "Das Ziel 'richtigen' Redens ist die Information, nicht mehr"; Haft, juristische Rhetorik, S. 124.

10 § 54 Abs. 1 ZPO.

11 § 55 ZPO deklariert ein unklares, unvollständiges oder unbestimmtes Vorbringen einer Partei als Mangel.

“klar” und “bestimmt”) Hinsicht. Da die Begriffe “Vollständigkeit”, “Klarheit” und “Bestimmtheit” ihrerseits unbestimmt und damit interpretationszugänglich sowie interpretationsbedürftig sind, erzeugen sie auf der Seite der Prozessparteien ein Informationsbedürfnis. Im Rahmen der Streitentscheidung kann die Frage nach dem Vorliegen eines ausreichenden Informationsgehaltes der Parteiausserungen nur der Richter beantworten. Im Hinblick auf die Erfüllung der prozessualen Obliegenheiten benötigen damit die Parteien eine diesbezügliche richterliche Information. Diese richterliche Informationspflicht ist enthalten in der Fragepflicht des Richters¹². Denn, verpflichtet das Gesetz den Richter, einer Partei “Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben”, impliziert dies notwendigerweise, dass er die betreffende Partei hinsichtlich des Bestehens eines derartigen Mangels informiert¹³.

Neben der Informationsebene Partei – Richter resp. Richter – Partei findet auch ein Informationsaustausch zwischen den Parteien statt. Die seitens einer Partei gegenüber dem Richter vorgebrachten Äusserungen – welche sich mit den Vorbringen der Gegenpartei auseinanderzusetzen haben¹⁴ – “gelten” immer auch der Gegenpartei. Der Anspruch auf rechtliches Gehör¹⁵ umfasst das Recht zu vernehmen, was die Gegenpartei dem Richter vorträgt. Erst die dadurch vermittelte Information setzt die einzelne Partei überhaupt in die Lage, ihrer kontradiktorischen Argumentationspflicht nachkommen zu können.

Der in verschiedener Richtung stattfindende Informationsaustausch erzeugt nun nicht nur die für den richterlichen Entscheid notwendige Informationsgrundlage, sondern, er ermöglicht der einzelnen Prozesspartei die – im Hinblick auf eine Streiterledigung äusserst wichtige – Meinungsbildung im Rahmen des Prozessverfahrens. Die massgebliche Bedeutung dieses Meinungsbildungsprozesses belegt die hohe Quote der Streiterledigungen ohne Anspruchsprüfung durch den Richter¹⁶.

12 § 55 ZPO.

13 Sträuli/Messmer, ZPO, N 6 zu § 55 ZPO; Walder, Zivilprozess, S. 192, 194.

14 § 113 Satz 2 ZPO, Guldener, ZPR, S. 160/61.

15 §56 Abs. 1 ZPO “Die Parteien haben nach Massgabe des Gesetzes Anspruch auf rechtliches Gehör”; Guldener, ZPR, S. 175 ff.

16 Vgl. N 7 S. 2; Simon, Sprachphilosophische Alternative, ARSP NF Nr. 9, S. 5 “Sprechen teilt somit nicht die selben ‘Gedanken’ nur ‘mit’, es bringt jeden Partner auf (eigene) Gedanken”; Sträuli-Messmer, ZPO, N1 zu § 61 ZPO “Eine Klageänderung wird ermöglicht, nicht nur, wenn sich während des Verfahrens neue Tatsachen ereignet haben, sondern auch, damit der Kläger eine während des Verfahrens gewonnene bessere Einsicht in das Streitverhältnis auswerten kann.”

C. DER ZIVILPROZESS ALS ARGUMENTATIONS- VERFAHREN

Der ziel- und zweckgerichtete Kommunikations- und Informationsvorgang im Zivilprozess vollzieht sich auf dem Wege der sprachlichen Interaktion der am Prozess Beteiligten. Ausgangsbasis bilden zurückliegende Lebensvorgänge (Sachverhalt), an welchen die Prozessparteien teil hatten und/oder daraus abgeleitete Schlussfolgerungen (Ansprüche). Streitig sind sie, weil die Beteiligten diesbezüglich verschiedener "Ansicht" sind, d.h. Sachverhalt und/oder daraus abgeleitete Ansprüche "anders sehen". Der Streit entsteht erst mit dem Aufeinanderprallen der verschiedenen Ansichten, d.h. mit deren dialogischen Artikulierung. Durch letztere ergibt sich eine "Auseinandersetzung", tritt eine "Streitsituation" ein. Auch die scheinbar monologische Artikulierung im Rahmen des Prozessverfahrens (der Kläger trägt die Klagebegründung und Replik, der Beklagte die Klageantwort und Duplik vor) ist damit eine dialogische Kommunikation¹⁷. Letztere aber ist nichts anderes als ein Argumentationsverfahren¹⁸.

Die Argumentation stellt denn auch eine prozessuale Obliegenheit der Parteien dar, sie haben "ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen"¹⁹.

Der auf dem Wege dieses Argumentationsverfahrens abgesteckte Rahmen (Sachverhalts- und Antragsbereich) ergibt den allein massgeblichen Prozessstoff, wobei Behauptungen, die von der Gegenseite nicht bestritten werden, grundsätzlich als richtig zu gelten haben²⁰. Das einzelne Parteivorbringen setzt sich damit aus monologischen (eigene Behauptungen) und dialogischen (Auseinandersetzung mit den gegnerischen Behauptungen) Elementen zusammen. Durch die Einführung der klägerischen und beklagatischen Parteivorbringen in das Verfahren entsteht der prozessuale Dialog. Prozessrelevante Konfliktsprobleme

17 Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 54 ZPO "das Verfahren ist kontradiktorisch".

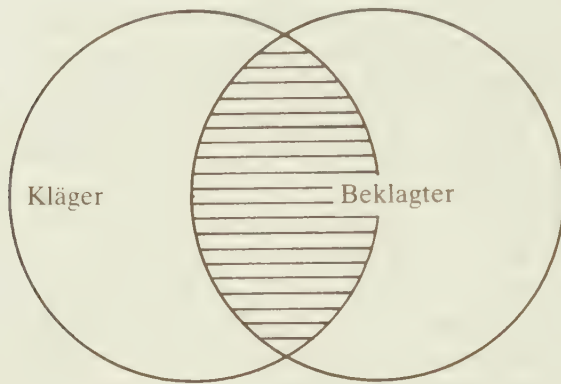
18 Haft, a.a.O., S. 94/95.

19 § 113 ZPO

20 § 54 Abs. 1 ZPO "Es ist Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen. Dieses legt seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde";

§ 54 Abs. 2 ZPO "Das Gericht darf einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkannt hat"; § 114 in Verb. mit § 113 ZPO; Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 54 ZPO, ZR 17 Nr. 112.

ergeben sich nur dort, wo monologische und dialogische Elemente der einzelnen Parteivorbringen aufeinanderprallen.



Skizze 1
Entstehung des Streitproblems

Das Argumentationsverfahren setzt einen gewährleisteten Kommunikationsraum und eine ausreichende Informationsbasis voraus. Die Argumentation ist das entscheidende Mittel der prozessualen Kommunikation und Information.

Daneben tritt auch die Streitentscheidung durch den Richter als argumentativer Vorgang in Erscheinung: sie ist eine Auseinandersetzung mit den artikulierten tatsächlichen Streitgrundlagen und den hypothetisch anwendbaren materiellen Normbereichen²¹.

21 Müller, Juristische Methodik, S. 128 "Durch wechselseitige Präzisierung und Konkretisierung der (weder abgeschlossenen noch isolierbaren) Norm am Sachverhalt und des (gleichfalls weder isolierbaren noch in diesem Sinne 'abgeschlossenen') Sachverhalts an der Norm wird in einem durchgehend normorientierten Verfahren herausgefunden, was gemäss der rechtlichen Vorschrift im Einzelfall Rechtens sein soll"; Carbonnier, Rechtssoziologie, in Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd. 31, S. 234 "Die Rechtsprechung greift nur den pathologischen Ausschnitt aus der Wirklichkeit auf".

1. Argumentationsinhalte

Im Bereich des prozessualen Kommunikationsverfahren ergeben sich zwei abgrenzbare Argumentationsebenen: die Sachbereichs- und die Anspruchsebene. Als Folge der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime haben sich die Prozessparteien sowohl über den Sachbereich, als auch über die daraus angeleiteten Ansprüche zu äussern. Entsprechend ergeben sich zwei grundsätzliche Argumentationsinhalte. Das Charakteristische des Sachbereichs (als Wirklichkeitsausschnitt²²) sind die Fakten (Gegenstände, Tatsachen, Zahlen, Zeichen), charakteristisch für den Antragsbereich (als Schlussfolgerung aus den tatsächlichen oder vermeindlichen Fakten) sind die Wertungen (gedankliche Vorgänge aufgrund von Normen, Grundsätzen, Erfahrungssätzen, Ansichten)²³. In diesem Sinne sind Fakten grundsätzlich wahrnehmungsbedingte, Wertungen grundsätzlich wissens- und/oder gefühlsbedingte Erkenntnisse. Im Rahmen des prozessualen Argumentationsverfahrens treten diese beiden Bereiche einerseits als rational zu nennende (Rationalität, verstandes-, wahrnehmungsbedingte Darlegungen), andererseits als irrational zu bezeichnende (Ethik, Plausibilität, wissens-, gefühlsbedingte Darlegungen) Grundtypen in Erscheinung²⁴. Sie liegen jedem prozessualen Handeln einer Prozesspartei zugrunde. Der hier rational genannte, wahrnehmungsbedingte Argumentationsinhalt erscheint der naturwissenschaftlichen Sinneserfahrung angenähert, während die vorliegend irrational bezeichneten Argumentationsinhalte der geisteswissenschaftlichen Wertentscheidung nahekommt.

Bereits die Darstellung dieser beiden inhaltlichen Argumentationsgrundtypen zeigt deren Abhängigkeit von verschiedenen "Fähigkeiten" der Prozessparteien auf. Da nun aber – wie gesehen – der

22 Fleiner, Recht-Sprache-Wirklichkeit, Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie, Bd. 19, 1972, S. 167 ff.

23 Haft, a.a.O., S. 111, teilt die Wertungen auf in "Werte" (Begriffe, Grundsätze, Normen) und "Vorurteile" (Erfahrungssätze, Pauschalurteile, Zitate).

24 Haft, a.a.O., S. 111, unterteilt den hier irrational genannten Grundtyp der Argumentation in "ethische" und "plausible" Argumentation;

Westermann, Argumentationen und Begründungen in der Ethik und Rechtslehre, Schriften zur Rechtstheorie Heft 61, "unmittelbare Erkenntnis, Erkenntnis die nicht vermittelt ist durch Schluss oder Beweis" (S. 28), "Erkanntes setzt eine Erkenntnis, einen Erkenntnisprozess voraus, der nicht von Normierungen, Wertungen und Entscheidungen durchsetzt ist" (S. 75); Zippelius, Das Wesen des Rechts, S. 110; Weber, Rechtssoziologie, S. 124 f; Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, S. 338–368 "Zweidimensionalität der Sprache".

konkreten Ausgestaltung der Argumentation hinsichtlich der Rechtsanwendung (und damit der Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung) grenzziehende Bedeutung zukommt“, schlagen vorhandene “Fähigkeitsdefizite” auf die konkrete Streiterledigung und damit die Rechtsverwirklichung durch. Letztere ist somit nicht unabhängig von den Fähigkeiten der Prozessparteien. Das Vorhandensein, resp. das nicht Vorhandensein der für eine umfassende Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung notwendigen Fähigkeiten wird für die einzelne Prozesspartei zum Problem. Dies nicht nur dann, wenn eine rechtsunkundige Partei den Prozess selbständig führt, sondern auch in Fällen schlechter Beratung durch einen beigezogenen Rechtsanwalt.

1.1 Rationale Argumentationsproblematik

Die Verhandlungsmaxime fordert von den Prozessparteien eine klare, vollständige und bestimmte Darlegung des “Tatsächlichen eines Rechtsstreites”²⁵. In diesem Sinne hat jede Partei – will sie ihren prozessualen Obliegenheiten nachkommen – den streitigen Lebensvorgang zu artikulieren. Der Lebensvorgang oder Lebenssachverhalt²⁶ stellt die Gesamtheit der Fakten, das “Tatsächliche” eines bestimmten Geschehnisses dar. Prozessstoff wird dieses nur insoweit, als es durch das Mittel der Sprache in den Prozess eingeführt, d.h. im Rahmen desselben “vorgebracht” wird. Die Parteivorbringen im Sachverhaltsbereich sind Abbildungen, Darstellungen eines bestimmten Wirklichkeitsausschnittes²⁷. Da das Verfahrensrecht den Parteien auferlegt, klare, vollständige und bestimmte Tatsachen unter Beachtung der Wahrheitspflicht²⁸ in den Prozess einzubringen, werden im Sachverhaltsbereich ausschliesslich rationale Argumentationsinhalte gefordert.

25 Vorn S. 5 N 20; Strauß/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 54 ZPO “Der Tatbestand darf nicht von Amtes wegen ergänzt oder berichtigt werden”.

26 § 54 Abs. 1 in Verbindung mit § 55 ZPO.

27 Hinsichtlich der unterschiedlichen Auffassungen bezüglich dieser Begriffe vgl. Meier, *Iura novit curia*, S. 29/30 und dort zit. Lit.

28 Über den Bereich Sprache – Wirklichkeit vgl. Fleiner, a.a.O., S. 167–175 und dort zit. Lit.

29 § 50 Abs. 2 ZPO; Strauß/Messmer, a.a.O., S. 91 N 5 zu § 50 ZPO “Die Pflicht der Parteien zur Wahrheit bezieht sich auf den tatsächlichen Sachverhalt”.

Die prozessuale Wahrheitspflicht verlangt damit im Sachverhaltsbereich in jeder Beziehung "wahre Wahrnehmungen". Die Artikulierung und Visualisierung eines streitigen Sachverhaltes – deren zeitliche Dauer beschränkt ist und beschränkt werden muss³⁰ – erfordert notwendigerweise immer eine Auswahl rational erfasster Fakten.

Bereits die Ausgangssituation dieses notwendigen Auswahlvorgangs erscheint schwierig: es liegen keine problemlosen Wahrnehmungen, keine problemlose Wirklichkeit vor, sondern eine bereits bestehende Konfliktsituation³¹. Die Auswahlkriterien haben im dargestellten Sinne ebenfalls rational zu sein. Die auf diesem Wege ausgewählten Sachverhaltselemente müssen geordnet, strukturiert und durch das Mittel der Sprache so artikuliert werden, dass im Rahmen der prozessualen Argumentation ein für den Richter nachvollziehbares Wirklichkeitsbild entsteht. Die Gefahr, von der subjektiven³² Ziel- und Zwecksetzung her den Boden der rationalen Argumentation zu verlassen, liegt nahe (durch bewusste Ausserachtlassung gewisser nachteilig erscheinender Sachverhaltselemente, durch bewusste Wertung von Fakten, durch Einfügung nicht existenter Wirklichkeitselemente, usw.). Die prozessuale Artikulierung hat nicht nur das eigene "Wirklichkeitsverständnis" zu erfassen, sondern hat sich auch mit der gegnerischen Argumentation auseinanderzusetzen. Nur dadurch kann verhindert werden, dass ein gegnerisches Sachverhaltselement mangels Bestreitung als unbestritten und damit "wahr" dem Entscheid zugrundegelegt wird.

Die rationale Argumentationsproblematik ist primär ein Auswahl- und Strukturierungsproblem.

30 Struck, zur Bedeutung von Widersprüchen, ARSP NF Nr. 9 S. 87.

31 Haft, a.a.O., S. 11 "Chaos sozialer Konflikte"; Jolidon, Vérité, Justice et Procédure Civile, ZBJV 109 S. 194 "pâte humaine".

32 Sträuli/Messmer, a.a.O, S. 103 N 2 zu § 54 ZPO "Die Verhandlungsmaxime beruht auf der Überlegung, dass der Egoismus der Parteien und die Gegensätzlichkeit ihrer Interessen – nebst dem Gebot der Wahrheitspflicht (§ 50 Abs. 2) – besser als eine staatliche Untersuchung die vollständige Beibringung und Abklärung des ganzen Prozessstoffs gewährleisten".

1.2. Irrationale Argumentationsproblematik

Die Dispositionsmaxime verlangt von den Prozessparteien die Artikulierung ihrer Ansprüche³³. Das Rechtsbegehren, der Antrag³⁴ ist einerseits die Schlussfolgerung einer Partei aufgrund des Sachverhaltes, d.h. ihres eigenen "Wirklichkeitsverständnisses", andererseits die Artikulierung und Konkretisierung des (wirklichen oder vermeindlichen) Anspruchsbereichs, der sich aufgrund dieser Schlussfolgerung ergibt. Im Gegensatz zur wahrnehmungsbedingten, rationalen Erfassung des Lebenssachverhaltes stellt die Anspruchserfassung das Produkt eines operativen Denkvorgangs³⁵ dar. Letztere ist nicht nur ein Reproduktionsvorgang im Sinne der Darstellung bereits bestehender Geschehensstrukturen, sondern ein eigentlicher Produktionsvorgang im Rahmen dessen Denkstrukturen erst geschaffen werden (Geschehensabläufe die Gegenstand der rationalen Argumentation bilden, müssen – und sollen – nicht erst geschaffen werden). Die Argumentation im Antragsbereich stellt eine Verarbeitung und Wertung wahrnehmungsbedingt, rational erfasster Erkenntnisse dar und kann in diesem Sinne irrational bezeichnet werden, beruht sie doch auf einer Wissens- und/oder Gefühlsbasis.

Nicht primär Wahrnehmungen bestimmen das Handeln der Parteien im Antragsbereich, sondern wissen- und oder gefühlsbedingte (Be)Wertungen von Wahrnehmungen. Die spezifischen Argumentationsprobleme ergeben sich hier im Bereich des Wissens (im Sinne von Kenntnis, Erfahrung hinsichtlich "geltenden" Grundsätzen, Normen, Begriffen)³⁶. Fehlt dieses Wissen, tritt der Bereich des Gewissens, Gefühls in

33 Guldener, ZPR, S. 148; Walder, ZPO, S. 187.

34 Zur Terminologie vgl. Walder, ZPO, S. 7 Anm. 21.

35 Piaget, Psychologie der Intelligenz, III Intelligenz und Wahrnehmung, S.61 ff; Zippelius, a.a.O., S. 97 ff "Die Werterfahrung", insbesondere S. 110 "Schon das Bedürfnis nach Orientierungsgewissheit ... auch der Grundsatz der Gleichbehandlung fordert ... Bewertungsmaßstäbe, die eine möglichst breite intersubjektive Anerkennung gefunden haben (und nicht z.B. solche, die je von den persönlichen Auffassungen der Richter abhängen)"; mit Recht führt Ott, Die Methode der Rechtsanwendung, S. 15 aus: "Mit der Annahme der Vollständigkeit der Parteivorbringen wird den Parteien natürlich eine vorgängige Rechtsfindungstätigkeit zugemutet."

36 Vgl. z.B. Llewellyn, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd. 40, Recht, Rechtsleben und Gesellschaft, 3. Kapitel "Rechtssatz und Beständigkeit beim Richten", S. 51 ff; Zippelius, a.a.O., S. 107 zur begrenzten Rationalisierbarkeit von Wertentscheidungen mittels einer "Argumentenmatrix"; Rehinder, Rechtssoziologie, S. 164 "Rechtskenntnis ist die mentale Realisation des Inhalts bestimmter Rechtsnormen. Sie ist wie wir wissen im allgemeinen erschreckend gering"; Rechenschaftsbericht des Obergerichts und Kassationsgericht des Kantons Zürich über das Jahr 1978, S. 9.

die Bresche; “geltende” Grundsätze, Normen, Begriffe werden durch subjektiv “gültig” erachtete, durch Vor- und Pauschalurteile ersetzt.

Da auch Rechtsbegehren, Anträge “Parteivorbringen” im Sinne des Verfahrensrechtes darstellen³⁷, haben sie grundsätzlich ebenfalls “klar, vollständig und bestimmt” zu sein. Bereits die Gegenüberstellung der dargelegten Argumentationsstrukturen im Antragsbereich zu dieser Verfahrensbestimmung deutet eine nicht übersehbare Problematik an.

Die irrationale Argumentationsproblematik ist damit primär ein Wissen-, Gewissens- und/oder Gefühlsproblem.

2. Beziehungen zwischen rationalem und irrationalem Argumentationsbereich

2.1. Grundsätzliches

Können nun innerhalb der rationalen und irrationalen Argumentation gegensätzliche Grundstrukturen erkannt werden, sind diese beiden Bereiche doch nicht frei von wechselseitigen Einflüssen. Diese ergeben sich aus der besonderen (Ausnahme-) Situation in deren Rahmen die prozessuale Kommunikation als ziel- und zweckgerichtetes Argumentationsverfahren stattfindet: letzteres ist auf die Streiterledigung im Sinne einer Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung ausgerichtet. Der Konfliktfall wird damit in dieser ganz spezifischen Hinsicht problematisiert. Die vorgegebene Rechtsordnung in deren Rahmen die Konfliktlösung zu erfolgen hat, erlangt damit nicht nur im Antragsbereich, sondern auch im Sachverhaltsbereich eine starke Dominanz³⁸. Ausfluss derselben ist eine ganz spezifische Optik: die normbezogene,

37 Vgl. S. 3 N 11; § 55 ZPO unterscheidet hinsichtlich des Begriffes “Parteivorbringen” nicht zwischen solchen im Sachverhaltsbereich und Antragsbereich.

38 Entscheid des Zürcher Kassationsgerichtes vom 16.5.1977, in SJZ 73 S. 255 (70) “Die Auswahl der dem Richter vorzutragenden Tatsachen muss unter rechtlichen Gesichtspunkten erfolgen und setzt Rechtskenntnisse voraus; sie ist daher in nicht ganz einfachen Fällen nur dem Rechtskundigen möglich”; so auch Hinderling, a.a.O., S. 141/42, 145 und Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 79; a.M. Ott, Die Methode der Rechtsanwendung, S. 11 (wobei die Begründung, die Zusammenstellung des Sachverhaltes erfolge “häufig” vor Kenntnis der einschlägigen Normbereiche und eine allfällige Ergänzungsbedürftigkeit der Sachverhaltsdarstellung trete beim nachfolgenden Versuch der Normanwendung “ohne weiters” zu tage, kaum stichhaltig sein dürfte, ergeben sich doch unvollständige, unbestimmte oder unklare Parteivorbringen häufig gerade auch – neben mangelhaftem “Allgemeinverständnis” – zufolge fehlender oder mangelhafter Rechtskenntnis).

normbestimmte Optik. Ihr wiederum folgt auf dem Fusse die Gefahr der Überbetonung dieser spezifischen Optik und der Vernachlässigung der zentralen Bedeutung des Konflikts³⁹. Eine solche Tendenz aber wirkt sich zulasten der Prozessparteien – insbesondere der nicht rechtskundigen Partei – aus.

Denn, kann sich eine Partei dieser speziellen Optik mangels Vorliegens entsprechender Grundkenntnisse nicht bedienen, verbleibt ihre Verständnismöglichkeit hinsichtlich Sachverhalts- und Anspruchsbereich, das sog. „Vorverständnis“⁴⁰, auf den Bereich des „Allgemeinen“ beschränkt⁴¹. Da aber wie gesehen die Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung im gewöhnlichen Zivilprozess nur innerhalb des von den Parteien selbst artikulierten Sachverhalts- und Antragsbereichs⁴² stattfindet, wirkt sich das Fehlen der spezifischen, normorientierten Optik direkt – und zwar ohne dass dies von der betreffenden Partei auch gewollt ist – auf die Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung aus. Diesem Umstand hat der Richter im Rahmen der Streiterledigung Rechnung zu tragen, kennt doch das zurcherische Verfahrensrecht einerseits den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (woraus folgt, dass einer Partei aufgrund fehlender Rechtskenntnisse und damit auch fehlender normbezogener Optik kein Nachteil erwachsen darf)⁴³, andererseits keinen generellen Anwaltszwang⁴⁴.

39 Llewellyn, a.a.O., S. 53 „Zweckmassig ist es schliesslich, in einer Zeit der Überbetonung der Gesetzesparagrafen die Aufmerksamkeit wieder auf den Streitfall zu lenken“; Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, S.98/99 „Schon vor der Textauslegung ist der strittige Fall als Anstoss juristischer Auslegungstätigkeit gegeben ... Die Schwierigkeit der Überwindung dieses Abstandes (zwischen Fall und Gesetz) war seit jeher Crux und Hoffnung der Rechtswissenschaft“; Esser, a.a.O., S. 7 „Die Praxis ... geht nicht von doktrinareren ‘Methode’ der Rechtsfindung aus, sondern sie benutzt sie nur, um die nach ihrem Rechts- und Sachverständnis angemessenste Entscheidung *lege artis* zu begründen“.

40 Hinderling, a.a.O., 141f und 143 ff; Seifert, Einführung in die Wissenschaftstheorie, Bd. 2, S. 43; Müller, a.a.O., S. 279; Fleiner, a.a.O., S. 179; Esser, a.a.O., S. 136 ff; Rosenbaum, Naturrecht und positives Recht, S. 66 ff; Rottleuthner, Richterliches Handeln, S. 32 ff; Gadamer, Wahrheit und Methode, S. 277 ff; einen Überblick vermittelt Zäch, Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR 96 I S. 320 ff.

41 Müller, a.a.O., S. 279 „Das ‘allgemeine’ Vorverständnis wird begründet durch Anschauungen, Verhaltensweisen, Sprachmöglichkeiten und Sprachbarrieren der den einzelnen prägenden Sozialschicht.“

42 Zum Problem „Streitgegenstand“ vgl. Meier, a.a.O., S. 24 ff und dort zit. Lit.

43 § 57 Abs. 1 ZPO; zum Grundsatz „*iura novit curia*“ vgl. Meier, a.a.O., S. 136 ff, Guldener, ZPR, S. 68, 70, Walder, ZPO, S. 4 ff; BGE 89 II 337.

44 Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 29 ZPO; Meier, a.a.O., S. 139 „Die Kantone haben ihr Verfahren nur dann auf den Laien auszurichten, wenn sie die Parteien in keiner Weise verpflichten, einen Anwalt beizuziehen. ... Es kann dem Rechtsunkun-

Inwieweit das “allgemeine Verständnis” kraft Geltungswirkung des Normensystems im täglichen Leben auch “geltende” Rechtsgrundsätze umfasst und es gerechtfertigt ist, von einem “Grundstock” an Rechtskenntnissen, die nach der “allgemeinen Erfahrung des Lebens” jeder Partei zugetraut werden können, auszugehen, erscheint äusserst fraglich⁴⁵. Zumindest kann diesbezüglich nicht von einer “festen Grösse” ausgegangen werden. Der Umfang der vom allgemeinen Verständnis miterfassten Rechtskenntnisse muss im Einzelfalle durch einen wertenden Akt des Richters bestimmt werden. Die grundsätzliche Entlastung der Parteien von Rechtskenntnissen hat damit zur Folge, dass die von einem “allgemeinen Verständnis” im dargelegten Sinne getragene Argumentation im Sachverhalts- und Antragsbereich für eine Prozessführung ausreichen muss⁴⁶.

2.2. Im Sachverhaltsbereich

Klar, vollständig und bestimmt kann das “Tatsächliche” eines Streites in zweierlei Hinsicht sein: einerseits aufgrund eines allgemeinen, normunabhängigen Verständnisses (Nachvollziehbarkeit), andererseits aufgrund eines spezifischen, normgeprägten Verständnisses (Aussagekraft)⁴⁷. Gelingt es, sämtliche rational erfassbaren Geschehenselemente darzulegen, d.h. die “totale” Wirklichkeit wiederzugeben, fallen Nachvollziehbarkeit und normbezogene Aussagekraft deckungsgleich zusammen. Eine Geschehensschilderung kann aufgrund des allgemeinen, normunabhängigen Verständnisses nachvollziehbar erscheinen,

digen in der Regel nicht zugemutet werden, von sich aus zu erkennen, ob er der eigenen Prozessführung gewachsen ist oder nicht”; Guldener, ZPR, S. 414/15 “Da das schweizerische Zivilprozessrecht den Anwaltszwang nicht kennt, liegt es nahe, das Verfahren so auszugestalten, dass auch der Laie in der Lage ist, den Prozess persönlich zu führen”; ZR 20 Nr. 178.

45 Die diesbezüglichen Ausführungen von Meier, a.a.O., S. 138 erscheinen deshalb kaum haltbar, ebenso seine Auffassung (S. 54), der Bürger könne sich diese Kenntnisse durch allgemein zugängliche Literatur verschaffen (was auch das Zürcher Obergericht in ZR 42 Nr. 58 S. 200 rechte Spalte anzunehmen scheint); Vgl. auch die Kritik bei P. Loosli, a.a.O., S. 98/99; Däubler, Die Sprache der Bundesgerichte – ein Herrschaftsinstrument?, ARSP NF Nr. 9, S. 116 “Ein ‘Laie’ kann sich zwar in der nächsten Buchhandlung eine Textausgabe des BGB oder des StGB kaufen; die amtliche Sammlung des Bundesgerichtshofs zu erwerben, wäre ein ungewöhnliches und evident nutzloses Unterfangen”; Zippelius, a.a.O., S. 111/12; Zu denken wäre dabei auch an Prozessparteien aus nichtschweizerischen Kulturkreisen, vgl. Whorf, Sprache, Denken, Wirklichkeit, S. 20.

46 Troller, von den Grundlagen des ziviprozessualen Formalismus, S. 76, ff; Lutz, die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens bei Klagen auf Geldleistungen, SJZ 26, S. 244 ff.

jedoch aufgrund des spezifischen, normgeprägten Verständnisses gleichwohl nicht genügend aussagekräftig sein (es fehlen Sachverhaltselemente, die eine Nachvollziehbarkeit aufgrund des allgemeinen Verständnisses nicht tangieren, jedoch aufgrund der spezifischen, normbezogenen Optik Bedeutung erlangen). Schliesslich kann eine Sachverhaltsdarlegung bereits aufgrund des allgemeinen, normunabhängigen Verständnisses nicht nachvollziehbar sein und deshalb keine Aussagekraft besitzen.

Eine bestimmte Optik lässt nun einen Gegenstand der Wirklichkeit nicht zu einem "anderen" Gegenstand werden. Eine bestimmte Tatsache erhält durch eine besondere Optik (da diese durch eine spezifische Grundhaltung oder Zielsetzung geprägt ist und damit dem irrationalen Bereich angehört) einzig grössere oder kleinere Bedeutung. Die im Zeitpunkt eines Geschehensablaufes vorhandene Optik misst den einzelnen Geschehenselementen Bedeutung zu und prägt den Memorierungsvorgang. Bei der – vielleicht viel später stattfindenden – Reaktivierung eines Geschehensablaufes im Rahmen der Konfliktdarstellung erlangt die damalige Optik insofern wesentliche Bedeutung, als die damals für wichtig erachteten Geschehenselemente leichter reaktiviert und artikuliert werden können als die in jenem Zeitpunkt nicht für wichtig erachteten Geschehenselemente⁴⁷. Hinsichtlich der letzteren besteht alsdann die naheliegende Gefahr, dass "verschüttete" Wahrnehmungen auf irrationalen Wege Eingang in den Sachverhaltsbereich finden und den wirklichen Lebensvorgang zu einem teilweise unwirklichen werden lassen. Solche irrationalen Einschlüsse im Sachbereich aufzudecken, obliegt nun im Streiterledigungsverfahren primär den Parteien⁴⁸. Nur in Ausnahmefällen wird der Richter in dieser Hinsicht tätig⁴⁹.

47 Müller, a.a.O., S. 279 schliesst daraus, dass sich "vor" das allgemeine Vorverständnis ein besonderes juristisches und rechtstheoretisches Vorverständnis schiebe, dessen legitimierende Bezugspunkt "geltende", d.h. mit Gewalt sanktionierbare Rechtsnormen seien.

48 Westermann, a.a.O., S. 35 "Bei empirischer mittelbarer Erkenntnis, Wahrnehmung, Sinneswahrnehmung, äusserer Wahrnehmung, oder innerer Wahrnehmung, die wir gegenwärtig haben, kommen diese dadurch zum Bewusstsein, dass wir unsere Aufmerksamkeit auf den Strom unserer Empfindungen richten."

49 § 113 Satz 2 ZPO.

50 / B im Falle der Saumnis des Beklagten, beim Vorliegen "ernsthafter Zweifel" an der Richtigkeit der klägerischen Sachdarstellung (§ 131 Abs. 1 ZPO), oder im Rahmen der ausnahmsweisen Beweiserhebung von Amtes wegen (§ 142 Abs. 2 ZPO, vgl. dazu Sträuli/Messmer, ZPO, N 3" ... zum Schutze einer unbeholfenen oder schlecht beratenden Partei oder zur Anwendung einer groben Irreführung des Gerichts".)

Der Einfluss irrationaler Argumentationsstrukturen im Sachverhaltsbereich kann sich nun nicht nur ungewollt, sondern auch gewollt ergeben. Die bewusste Veränderung eines tatsächlichen Geschehensablaufes stellt eine Sachverhaltsmanipulation dar. Nur ein in diesem Sinne aktives Handeln (z.B. bewusste Behauptung nicht der Wirklichkeit entsprechender Tatsachen, wissentliche Bestreitung gegebener Wirklichkeitselemente⁵¹) stellen einen Verstoss gegen die prozessuale Wahrheitspflicht dar. Die rein passive Unterdrückung von Sachverhaltselementen mit ungünstiger Wirkung ist wohl keine Wahrheitspflichtsverletzung⁵², doch gefährdet auch sie – wie die Manipulation und ungewollten irrationalen Argumentationseinschlüsse – die “wahre” Wirklichkeitsdarstellung.

2.3. *Im Antragsbereich*

Auf der rationalen Erkenntnis eines Geschehensablaufes baut jede normbezogene Sachverhaltselementauswahl und Schlussfolgerung auf. Irrationale Einschlüsse im Sachverhaltsbereich beeinflussen die wertende Argumentation. Sind bereits die Grundlagen dieser Wertungsvorgänge unklar, unbestimmt und unvollständig, fällt die wertende Argumentation entsprechend aus. Der Sachverhaltsbereich hat nur insofern Einfluss auf den Antragsbereich, als er dessen Grundlage und Ausgangsbasis darstellt. Anders als im Sachverhaltsbereich genügt das allgemeine, normunabhängige Verständnis für die Erfüllung der prozessualen Obliegenheiten im Anspruchsbereich hinsichtlich Rechtsbehrens- und Antragsstellung nicht mehr⁵³, sobald Sachverhaltselemente aufgrund der normbezogenen Optik spezifische Bedeutung erlangen (dies trifft auf alle “nicht ganz einfachen Fälle” zu⁵⁴).

Dem Sachverhaltsbereich kommt damit in jeder Beziehung im Rahmen der Streiterledigung fundamentale Bedeutung zu. Er kann vielfach für die einzelne Partei einzige Grundlage des Rechtsdurchset-

51 Guldener, ZPR, S. 189.

52 ZR 68 Nr. 129 S. 325; Sträuli/Messmer, ZPO, N 5 zu § 50 ZPO.

53 Bruns, Zivilprozessrecht Deutschland, S. 208 “Das Antragerfordernis ist daher auf den Anwaltsprozess zugeschnitten.” Schönke-Kuchinke, a.a.O., S. 190; Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, S. 130; Troller, a.a.O., S. 76 f.

54 vgl. S. 11 N 38; solche “ganz einfachen Fälle” existieren in der Praxis sehr selten; vgl. Jolidon, a.a.O., S. 199 und dort zit. Lit. “Un état de fait judiciaire correspondant totalement à la réalité des faits, fondé sur une certitude objective et excluant l'erreur n'existe pas et ne peut pas exister.”

zungs- resp. Rechtsverwirklichungsbestrebens darstellen, nämlich dann, wenn sie keine Rechtskenntnisse besitzt, aber ein subjektiv nicht konkretisierbares "Gefühl" besteht, dass ihr "Unrecht" geschieht.

3. Sprachliche Argumentationsmittel

Selbst wenn die rationalen und irrationalen Argumentationsgrundlagen (gedanklich) vorliegen, sind noch nicht alle Hürden auf dem Wege der Rechtsdurchsetzung resp. Rechtsverwirklichung genommen. Eine weitere Problematik ergibt sich für die Parteien im Rahmen der Artikulierung dieser Argumentationsgrundlagen⁵⁵. Im prozessualen Verfahren ist eine "Sache" (Sachverhalt und Antrag) den Zuhörern durch die Sprache zu vermitteln. Die Umsetzung des (gedachten) Sachverhalts- und Antragsbereichs in Sprache, die Sprachverwendung und die dadurch erzeugte Wirkung auf die Zuhörer (Richter, Gegenpartei) erfordert spezifische Kenntnisse und Erfahrung, die wiederum bei den einzelnen Parteien in sehr unterschiedlichem Masse vorhanden sind. Fähigkeitsdefizite in diesem Bereich vermögen die Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung zu tangieren, verlangt doch das Verfahrensrecht auch hier eine "klare, bestimmte" Sprachverwendung⁵⁶. Eine inhaltlich noch so gut "fundierte" Sache (Sachverhalt/Antrag) bleibt relativ wirkungslos, wenn sie nicht in eine entsprechende Sprachverwendung umgesetzt werden kann. Die Wirksamkeit der "Sache" ist im Prozessverfahren deshalb von massgeblicher Bedeutung, weil der entscheidungsberufene Richter keinerlei Vorkenntnisse

55 Schneider, Vorverständnis, Legitimationsbedürfnis und Organisation als Einflussgrösse, ARSP NF Nr. 9, S. 131, er bezeichnet die "Herstellung" und "Darstellung" als zwei getrennte, aber aufeinander folgende und verweisende Phasen eines Gesamtvorganges. Empirisch deutlich feststellbare geringere Aktivität von Unterschichtangehörigen im Prozess und Beobachtung, dass tendenziell die Angehörigen der sozialen Unterschichten vermehrt von der direkten Rede vor Gericht ausgeschlossen bleiben, vgl. Lautmann, Justiz – die stille Gewalt, S. 65; Winter/Schumann, Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, zugleich ein Beitrag zur Frage des rechtlichen Gehors, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, S. 529 ff.

56 § 54 in Verbindung mit § 55 ZPO, das "Vorbringen einer Partei" umfasst den inhaltlichen und sprachlichen Bereich einer Parteiäusserung.

Troller, Der Einfluss der phänomenologischen Methode auf das zivilprozessuale Denken, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1966, S. 5 "Das Risiko des prozessualen Tatbestandes, in dem die wirklichen Geschehnisse nicht erscheinen, ist eine unvermeidliche Grenzsituation der menschlichen Existenz, ebenso wie Krankheit und Tod".

hinsichtlich des Streites besitzt und nur auf die Darstellung der Parteien abstellen kann. In Sprache umgesetzte Argumentationsinhalte stellen eigentliche Machtmittel im Prozess dar⁵⁷.

Eine wirksame Sachdarstellung, wirksame Vorbringen einer Partei, bedürfen der anschaulichen Wirkung (topische Figur), der kommunikativen Wirkung (pragmatische Figur) und der eindringlichen Wirkung (rhetorische Figur)⁵⁸. Ihr Anwendungsbereich im Rahmen der prozessualen Argumentation kann grundsätzlich wie folgt gesehen werden: im Sachverhaltsbereich erhält die topische Figur, im Antragsbereich die rhetorische Figur primäre Bedeutung. Die pragmatische Figur hat in beiden Bereichen eine gleichrangige Bedeutung. Der positiven Wirkung der Sprachverwendung folgt jedoch die Gefahr der negativen Verwendungsmöglichkeit auf dem Fusse⁵⁹. Im Prozess kann die Sprache auch dazu verwendet werden, fehlende Grundlagen zu vertuschen oder falsche Grundlagen zu erzeugen⁶⁰. Dies geht besonders schön aus dem Vermächtnis des englischen Unterhaus-Abgeordneten William Gerard Hamilton⁶¹ hervor, erteilt er doch dem Redner z.B. folgende Ratschläge:

„Bist du im Unrecht, verwende allgemeine und mehrdeutige Ausdrücke und häufe Unterscheidung an Unterscheidung ohne Ende. Verbräme mit einer Fülle von Einzelheiten die schlechten Stellen deiner Begründung. Überlege, ob ein Wort verschiedene Bedeutung hat, was du dir zunutze machen kannst, indem du es einmal in diesem, einmal im anderen Sinne gebrauchst.“

57 Lorenz, Die Überzeugungskraft von Argumentationen, ARSP NF Nr. 9, S. 22 „Überall dort, wo ein Wissens- oder Erkenntnisvorsprung den Ausgang des Dialogs bestimmt, liegt eine, unter Umständen äusserst subtile ‘Gewaltanwendung’ durch Rede, eine ‘Überredung’ vor, und es gibt keine Möglichkeit den Anteil der Überredung zugunsten der Überzeugung vollständig zum Verschwinden zu bringen“.

58 Haft, a.a.O., S. 115; Schlüter, a.a.O., S. 22 „Rhetorik ist Praxis und Theorie der auf Wirkung bedachten Rede“, S. 304 Gruppierung der rhetorischen Figur nach den drei Grundfunktionen der Rede: Docere, delectare, movere; da im Kommunikationsverfahren des Zivilprozesses nicht nur mit dem gesprochenen Wort, sondern – tendenziell leider verstärkt – mit dem geschriebenen Wort operiert werden muss, umfasst die juristische Rhetorik sowohl die gesprochene als auch geschriebene „Rede“, d.h. die gesamte prozessuale Sprachverwendung der Prozessbeteiligten, vgl. Haft, a.a.O., S. 14 „Juristische Rhetorik kann nach alledem bestimmt werden als die Methode zur sprachlichen Bewältigung von Fällen und Rechtssätzen“.

59 Haft, a.a.O., S. 112.

60 Haft, a.a.O., S. 125 „... das Spiel mit der Sprache wirkt, ohne dass der Informationsgehalt vergrössert wird“.

61 Auszugsweise dargestellt bei Haft, a.a.O., S. 113.

Die im Hinblick auf die Wirklichkeits- und Wahrheitserforschung negativ wirkende Sprachverwendung ermöglicht nun aber gleichzeitig – wird sie als solche erkannt – Schwachstellen in den einzelnen Parteivorbringen auszumachen. Ihr haben die Parteien (in Bezug auf die gegnerische Sprachverwendung) aber auch der Richter im Rahmen des Konfliktlösungsvorgehens Beachtung zu schenken⁶².

Die Sprache als Argumentationsmittel muss im Zivilprozess von dessen Zielsetzung her⁶³ auf ihren ursprünglichen Zweck, der Informationsvermittlung⁶⁴, beschränkt bleiben. Nicht einer klaren, bestimmten Sachverhaltsdarlegung und Antragsstellung dienende Sprachverwendung haben die Parteien und der Richter im Rahmen der Streiterledigung zu erkennen, offenzulegen und auszuschneiden. Die taktische Sprachverwendung als solche stellt grundsätzlich keinen Verstoss gegen die Wahrheitspflicht der Parteien im Rahmen des Zivilprozessverfahrens dar, solange sie nicht die Argumentationsinhalte tangiert. Im parteiautonomen Bereich, der auch im Rahmen eines Zivilprozessverfahrens nicht aufgehoben wird⁶⁵, kommt ihr durchaus Bedeutung zu. In diesem Bereich wirken sich die Normen eines bestimmten Rechtssystems nicht in dem Masse aus, in welchem sie sich im Rahmen der Rechtsanwendung und Rechtsverwirklichung kraft richterlicher Entscheidung auswirken müssen. Gelingt es einer Partei – auch innerhalb eines pendenten Zivilprozesses – die andere Partei von einer Problemlösungsmöglichkeit zu überzeugen (oder auch zu überreden) und so den Konflikt aufgrund einer gemeinsam getragenen Auffassung (die sich im dispositiven Rechtsbereich nicht mit der gesetzlichen Regelung zu decken braucht) friedlich aus der Welt zu schaffen, kann dies dem

62 Haft, a.a.O., S. 116 “Wichtig ist es, durch ständige Selbstanalyse und Beobachtung des sprachlichen Verhaltens anderer den Sinn dafür zu schärfen, dass in jeder Argumentation jederzeit und unvermeidlich taktiert wird”.

63 Jolidon, a.a.O., S. 180; Frank, Die Gefährdung zivilrechtlicher Ansprüche durch kantonales Prozessrecht, SJZ 63 S. 249.

64 Schlüter, a.a.O., S. 25; BGE 96 I 528 Der Anwalt “hat jedenfalls, gerade auch als Organ der Rechtspflege, die Pflicht und das Recht, Mängel aufzuzeigen und Mangel des Verfahrens zu rügen. Der Preis, der für diese unentbehrliche Freiheit der Kritik an der Rechtspflege zu entrichten ist, besteht darin, dass auch gewisse Übertreibungen in Kauf zu nehmen sind. ... Pflichtwidrig handelt er nur, wenn er eine Rüge wider besseres Wissens oder in ehrverletzender Form erhebt, statt sich auf Tatsachenbehauptungen und Wertungen zu beschränken”.

65 Zur Bedeutung von Billigkeitsentscheiden aufgrund von Parteivereinbarungen vgl. die zutreffenden Ausführungen bei Meier, a.a.O., S. 126/27; Studer, Willensmängel bei Parteihandlungen, S. 15 ff.

Richter – auch von der Zielsetzung des Zivilprozesses her gesehen – nur “recht” sein.⁶⁶

Ob jedoch damit eine schrankenlose taktische Sprachverwendung im privatautonomen Bereich eines Zivilprozessverfahrens als zulässig zu erachten ist, kann fraglich erscheinen. Darauf ist in anderem Zusammenhang zurückzukommen⁶⁷.

4. Zivilprozessuale Argumentationsfolgen

Die ziel- und zweckgerichtete Kommunikation, Information und Argumentation im Rahmen des Prozessverfahrens zeitigt grundsätzlich Folgen. Indem das Verfahrensrecht bestimmt, dem Verfahren würden nur behauptete Tatsachen zugrundegelegt⁶⁸, wird gleichzeitig gesagt, dass das im Rahmen des Verfahrens Behauptete Verwendung findet. In diesem Sinne sind Parteivorbringen im Prozess grundsätzlich “bindend”, d.h. der Richter (aber auch die Gegenpartei) darf und muss auf diese abstellen. Einmal geäußerte Argumente können wohl korrigiert, jedoch nicht “ungeschehen” gemacht werden. Solche durch Korrekturen entstehende Aussagewidersprüche innerhalb des gesamten Parteivorbringens⁶⁹ finden Eingang in das Verfahren und bleiben als solche

66 Westermann, a.a.O., S. 141 “Zur Durchsetzung meines Rechtes ist, wenn der andere es nicht erkennt (tatsächlich) oder nicht erkennen kann (subjektives Unvermögen), Überredung sicher nicht verboten; denn jeder Zustand, in dem das Recht des A nicht verletzt wird, ist einem Zustand, in dem das Recht des A verletzt wird, (rechtlich) vorzuziehen”.

Kritisch zum “Gesetz der Parteien” Zäch, privatrechtliches Gesetz – soziale Ordnungsmacht, SJZ 74 S. 181 ff. “Entgegen der heutigen Praxis darf die Rechtsgestaltung in diesem Bereich des individuellen Leistungsaustausches aus Gerechtigkeitsgründen nicht generell den einzelnen überantwortet werden. Diese Gestaltungsmöglichkeit sollte nur für jene Fälle gelten, in denen sich in etwa gleiche Partner gegenüberstehen, in denen das Sozialmodell der Vertragsfreiheit verwirklicht ist”.

67 Siehe S. 91 ff.

68 § 54 Abs. 1 Satz 2 ZPO; Sträuli/Messmer N 2 zu § 54 ZPO und dort zit. Lit.; § 144 Abs. 1 GVG. Dafür dass dies auch geschehen “muss”, widrigenfalls eine Gehörsverletzung eintritt, Tinner, ZSR 83, S. 297 ff.

69 Diese “internen” Widersprüche stehen im Gegensatz zu den “externen” Widersprüchen, welche letzteren sich ergeben durch die Gegenüberstellung der beidseitigen Parteivorbringen, durch die Eventualmaxime (vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, zu § 114 ZPO) und die Bestreitungspflicht (im Sinne einer Obliegenheit, vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 4 zu § 113 ZPO, ZR 37 Nr. 97, 52 Nr. 52, 58 Nr. 89, 67 Nr. 26 lit. a; Guldener, ZPR, S. 168, 196); Struck, a.a.O., S. 83 “Wenn der Kläger seine Klage auf einen Sachverhalt stützt, der den historischen Realitäten nicht entspricht, so muss der Beklagte aus Gründen der Chancengleichheit wenigstens die Möglichkeit haben,

verwertbar (z.B. im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit einer Partei). Ihnen kommt die Bedeutung von "Problemdetektoren" zu (was auch auf die "externen" Widersprüche, von denen der Streit ja gerade lebt, zutrifft)⁷⁰. Die im Rahmen der bindenden Argumentation in den Prozess eingeführten Parteivorbringen haben entsprechend der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime grenzziehende Bedeutung. Dies trifft nicht nur auf den Antragsbereich, sondern auch auf den Sachverhaltsbereich zu⁷¹.

Nun gibt es aber innerhalb eines Zivilprozessverfahrens auch einen Bereich, in welchem den Parteivorbringen keine Bindungswirkung im dargestellten Sinne zukommt: die Vergleichsverhandlung⁷². Im Rahmen dieses Verfahrensforums wird nur das Ergebnis (d.h. ein abgeschlossener Vergleich, ein Klagerückzug, oder eine Klageanerkennung, resp. die Feststellung dass die Vergleichsverhandlung ohne Ergebnis endete) und nur auf Begehren einer Partei eine abgelehnte Vergleichsofferte protokolliert⁷³. Die eigentlichen Kommunikations-, Informations- und Argumentationsvorgänge werden damit nicht aktenkundig und für den Entscheid nicht verwertbar. Wird die Vergleichs-

auch noch gegen diesen Sachverhalt zu argumentieren. Er muss die Möglichkeit haben, mit denselben Prämissen zu arbeiten wie sein Gegner. Aus diesem Grunde muss ihm erlaubt sein, sich in Widersprüche zu verwickeln. Zum Novenrecht vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 4 f zu § 267; SJZ 75 S. 79 (15) Kassationsgericht Zürich 11.7.78 "Eine Einschränkung des Novenrechts in dem Sinne, dass vor zweiter Instanz keine neuen tatsächlichen Behauptungen zulässig sind, welche dem erstinstanzlichen Standpunkt der Partei widersprechen, besteht nicht (Bestätigung der Rechtsprechung)".

70 Struck, a.a.O., S. 87. Sie sind aber auch Ausdruck und Mittel der prozessualen Meinungsbildung der Parteien; soweit in ZR 49 Nr. 207 S. 384 ausgeführt wird: "Eine Regel, wonach eine Prozesspartei bei ihren Zugeständnissen zu behaften wäre, besteht im zürcherischen Zivilprozessrecht nicht", trifft dies für die entsprechende Instanz nur während des Hauptverfahrens, nicht aber nach Abschluss desselben (§ 114 ZPO) zu. Mit dem Schluss des Hauptverfahrens werden die Parteiaussagen für die betreffende Instanz (unter Vorbehalt von § 115 ZPO) damit grundsätzlich "bindend".

71 Guldener, ZPR, S. 197 ff.; Sträuli Hauser, Kommentar ZPO, S. 266; Sträuli/Messmer, ZPO, N 3 zu § 61 ZPO; ZR 70 Nr. 125; SJZ 68 Nr. 52 S. 148; a.M. Meier, a.a.O., S. 55/56, der diese Bedeutung nur dem Antragsbereich zuerkennt, wobei aber verkannt wird, dass dem Lebensvorgang nicht durchwegs "beschränkende" Funktion zukommt.

72 § 62 ZPO; Sträuli/Messmer, ZPO, zu § 62 ZPO "Nach Satz 2 soll im Sinne einer Ordnungsvorschrift eine Vergleichsverhandlung vor schriftlicher Replik und Duplik stattfinden, damit nicht ein schriftliches Hauptverfahren ohne jeden 'direkten Kontakt' zwischen Richter und Parteien abgewickelt wird".

73 § 144 Abs. 2 GVG.

verhandlung mit einer Referentenaudienz⁷⁴ verbunden, muss den Parteien klar und eindeutig bekanntgegeben werden, wann in der Referentenaudienz (in deren Rahmen die Argumentation bindend ist), wann in der Vergleichsverhandlung (ohne Bindungswirkung) verhandelt wird. Ob und in welchem Verfahrensstadium eine solche bindungsfreie Diskussion stattfindet, entscheidet allein das Gericht, die Parteien haben keine Möglichkeit eine solche durchzusetzen⁷⁵.

5. Folgen von Argumentationsmängeln

Aufgrund der grenzziehenden Bedeutung der prozessualen Argumentation im Sachverhalts- und Antragsbereich⁷⁶ können Argumentationsmängel (sowohl in Bezug auf den Inhalt als auch die konkrete Artikulierung) fallentscheidende Auswirkungen zeitigen:

nichtartikulierte Sachverhaltsbereiche und Rechtsbegehren/Anträge werden nicht Prozessstoff und gelangen nicht zur richterlichen Entscheidung, nicht bestrittene Sachverhaltselemente und Rechtsbegehren gelten im Rahmen der Streitentscheidung als "wahre" Wirklichkeit, als "gegebene" Ansprüche unbekümmert, ob dies auch tatsächlich zutrifft, nicht erhobene Einreden (z.B. abgeurteilte Sache, Rechtshängigkeit, Unzuständigkeit, Verjährung) lassen Prozesshindernisse unberücksichtigt⁷⁷, nicht rechtzeitig artikulierte Vorbringen bleiben ohne Berücksichtigung⁷⁸, nicht rechtzeitig offerierte Beweise werden nicht abgenommen⁷⁹.

Im Hinblick auf die dargestellten Schwierigkeiten im Rahmen der prozessualen Kommunikation, Information und Argumentation erhalten die von der Verfahrensordnung zur Verfügung gestellten Möglich-

74 § 118 Abs. 3 ZPO, wobei die Verwendung des Begriffes (Referenten) Audienz sehr unglücklich und missverständlich ist, handelt es sich doch dabei nicht um ein eher zwangsloses "Anhörungsverfahren" zur Vortragung von Wünschen. Geeigneter wäre wohl eine Umschreibung mit "Verhandlung vor dem Referenten" oder "Referentenverhandlung".

75 Sträuli/Messmer, ZPO, zu § 62 und N 2 zu § 118 ZPO.

76 siehe S. 8 N 25, S. 20 N 71.

77 Guldener, ZPR, S. 222 ff; § 108 ZPO zählt die von Amtes wegen berücksichtigten Prozessvoraussetzungen abschliessend auf.

78 § 114 ZPO, Ausnahmen § 115 ZPO.

79 § 138 ZPO.

keiten (Gelegenheit zu Mangelbehebung⁸⁰) zur Linderung der dargestellten Konsequenzen wesentliche Bedeutung (richterliche Rechtsanwendung und Verfahrensleitung, richterliche Fragepflicht, unentgeltliche Prozessführung und Vertretung, Beweiserhebung von Amtes wegen sowie weitere, nicht ausdrücklich erwähnte, sich jedoch aus der grundsätzlichen Zielsetzung des Verfahrensrechtes ergebende Möglichkeiten). Nur deren konsequente und weite Ausschöpfung vermögen die sich den Parteien stellenden Schwierigkeiten auf ein mit den Grundsätzen der Rechtsverwirklichung vereinbares Mass zu reduzieren.

6. Verantwortung der Parteien für Argumentationsmängel

6.1. im Sachverhaltsbereich

Die Frage, *was* im Rahmen eines gesamten Geschehensablaufes einen Bürger in dem Masse bedrückt, dass er sich an den Richter wendet, hat der Betreffende grundsätzlich selbst zu beantworten. Es kann vor dem Hintergrund privatautonomes Handeln im rechtsgeschäftlichen Lebensbereich niemals die Aufgabe des Staates sein, zu ergründen, was die an einem bestimmten Geschehensablauf Beteiligten bedrücken könnte. Deshalb müssen die Parteien im Sachverhaltsbereich die letzte Verantwortung selbst tragen.

6.2 im Antragsbereich

Die Frage, *ob* und *inwieweit* im Rahmen eines als unterträglich empfundenen Geschehensablaufes im Sinne der bestehenden Rechtsordnung ein "Recht" oder "Unrecht" besteht und diesem Zustand zum Durchbruch verholfen resp. Abhilfe geschaffen werden kann, hat schlussendlich nur der entscheidungsbefugte Richter zu beantworten.

⁸⁰ § 55, 130 ZPO; ZR 58 Nr. 89 S. 238 "Wurde, wie sich aus diesen Ausführungen (Streichung von § 334 Abs. 2 des Rechtspflegegesetzes vom Jahre 1874/80) ergibt, sogar gegenüber einer unterlassenen Bestreitung mit ihren strengen Rechtsfolgen die Fragepflicht des Richters als gegeben erachtet, so muss eine solche noch viel eher dort bejaht werden, wo eine Bestreitung zwar erfolgt, aber nicht substantiiert worden ist"; vgl. die kritischen Bemerkungen des Kommentators dazu auf S. 241, welche mit Recht auf die in alt § 135 (neu § 114) ZPO genannten Rechtsfolgen verweisen. Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass diese Rechtsfolgen eben erst nach Ausübung der richterlichen Fragepflicht eintreten!

Fehlen einer oder beiden Parteien – ohne dass sie das zu vertreten haben – die entsprechenden (Be-)Wertungsgrundlagen für das Erkennen ihrer Ansprüche und die Artikulierung konkreter Rechtsbegehren oder Anträge, darf im Hinblick auf den Rechtsdurchsetzungs- resp. Rechtsverwirklichungsanspruch ihr/ihnen die diesbezügliche Verantwortung nicht völlig auferlegt werden. Dies hat nicht nur dann zu gelten, wenn das materielle Recht den Richter anweist, nach seinem Ermessen zu entscheiden⁸¹, sondern auch dann, wenn eine Anspruchsbezeichnung grundsätzlich möglich erscheint, diese jedoch einer Partei aus persönlichen Gründen unzumutbar ist⁸². Dass die konkreten Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen der Prozessparteien Berücksichtigung finden müssen, geht auch aus der Rechtsprechung des Bundesgericht hervor⁸³.

In allen übrigen Fällen jedoch, trägt die Partei auch die letzte Verantwortung für die Anspruchsfestlegung, und zwar nicht nur für

81 Z.B. OR Art. 42 Abs. 2, 47, 49, 50 Abs. 1, 52 Abs. 2, 54, 205, 300, 337b, 338a, 339c, 422, 580, 601, 679; ZGB Art. 29, 92, 517, 672, 692, 693, 701, 706, 722, 724, 756; Art. 73 Abs., 2 PatG usw; Lutz, Die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens bei Klagen auf Geldleistungen, SJZ 30 S. 244 ff; mindestens eine nachträgliche Antragsstellungspflicht bejahen Guldener, ZSR 80 S. 59/60, ZR 61 Nr. 84, Meier, a.a.O., S. 43, 53.

82 ZR 42 Nr. 58 nahm weder eine Pflicht zur Anspruchsbezeichnung im Zeitpunkt der Klageeinleitung noch eine nachträgliche Bezifferungspflicht nach Wegfall des Hindernisses an. In ZR 60 Nr. 84 hielt des Kassationsgericht eine "rahmenmässige Bezifferung" nach Wegfall des Hindernisses für erforderlich. P. Loosli, Die unbezifferte Forderungsklage, S.69 kritisiert eine solche "rahmenmässige Bezifferung" im Bereich der Ermessensentscheide zu Recht, erachtet aber eine völlige Entlastung der unfähigen Partei nur im Rahmen eines Ermessensentscheides für zulässig (S. 73).

83 Pra 67 Nr. 213 S. 553 "Wie bereits in BGE 91 I 15 dargelegt worden ist, hat das Bundesgericht beim Entscheid darüber, ob der Inhalt einer Gerichtsstandsklausel unmissverständlich sei und den Willen, einen anderweitigen Gerichtsstand zu begründen, klar und deutlich zu Ausdruck bringe, 'seit jeher besonders berücksichtigt', ob der Verzichtende geschäftlich erfahren und rechtskundig sei, oder ob er insoweit über keine genügenden Kenntnisse verfüge. ... Grund für diese Rechtsprechung ist, dass Vereinbarungen prozessrechtlicher Natur gleich wie Verträge allgemein nach Massgabe des Vertrauensprinzips zu beurteilen sind... Es entspricht der Erfahrung, dass ein solcher Vertragspartner die in einem Formularvertrag enthaltene Gerichtsstandsklausel häufig auch dann nicht bemerkt oder ihre 'Tragweite nicht richtig erkennt', wenn die Klausel an sich unmissverständlich abgefasst und von den übrigen Vertragsbestimmungen abgehoben ist';

Guldener, Treu und Glauben, SJZ 39 S. 392 "Aber selbst auf diesem Gebiete (Verletzung der Formen des Gesetzes) vermeidet es das Prozessrecht, abschliessende Regeln aufzustellen, die dem Richter verunmöglichen würden, auf die Besonderheiten des Einzelfalls Rücksicht zu nehmen... zeigt es sich doch, dass im allgemeinen eine vorbehaltlose Bindung des Richters an starre Regeln seinem Wesen so wenig entspricht, wie dem Privatrecht."

eine "rahmenmässige", sondern klare, bestimmte Anspruchsbezeichnung.

6.3 Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit

Unmöglich ist eine Parteihandlung dann, wenn sachliche Gründe, unzumutbar ist sie, wenn persönliche Gründe ihrer Vornahme entgegenstehen. Die Unmöglichkeit schliesst immer auch die Unzumutbarkeit ein, setzt doch letztere eine grundsätzlich gegebene Möglichkeit voraus.

Die den Parteien obliegenden Handlungen im Sachverhaltsbereich stellen die Darlegung von Fakten, Tatsachen – im Falle deren Bestreitung durch die Gegenpartei deren Beweis – dar. Für die Tatsachenbehauptungen und den Tatsachenbeweis tragen die Parteien die letzte Verantwortung⁸⁴.

Im Sachverhaltsbereich kann sich eine Unmöglichkeit resp. Unzumutbarkeit lediglich auf die Tatsachenwahrnehmung und Tatsachenartikulation beziehen. Die Unmöglichkeit als sachlicher Hinderungsgrund einer Wahrnehmung kann sich dann ergeben, wenn der an einem Geschehenskomplex Beteiligte keine direkte Wahrnehmungsmöglichkeit hinsichtlich gewisser Geschehenselemente hatte (z.B. ein streitiger Gegenstand ist nicht mehr vorhanden, dazu gehören insbesondere die Umstände des Beweisnotstandes⁸⁵). Unzumutbar erscheint eine Wahrnehmung dann, wenn sie zwar grundsätzlich möglich, aber nur unter erheblichen materiellen und oder persönlichen Opfern erreichbar ist (kostspielige Abklärungen, Expertisen).

Demgegenüber kann sich im Antragsbereich eine Unmöglichkeit ergeben, weil eine Schlussfolgerung mangels sachverhaltsmässiger Grundlage nicht möglich ist. Diese Art Unmöglichkeit stellte aber lediglich eine Folge der sachverhaltsmässigen Gegebenheiten dar. Eine Unmöglichkeit rein wertungs- d.h. normanwendungsbedingter Art ist kaum denkbar.

Hingegen ergibt sich neben einer Unzumutbarkeit der Schlussfolgerung (bestimmte Antragsstellung) aufgrund sachverhaltsmässiger Gegebenheiten eine Unzumutbarkeit rein normanwendungsbedingter

84 Bezüglich der Ausnahmen vgl. Guldener, ZPR, S. 161 ff (Erfahrungssätze, Indizien, Hilfstatsachen, Beweisabnahmen von Amtes wegen, richterliche Fragepflicht).

85 Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 19, 55.

Art. Dies letzteres dann, wenn der betreffenden Partei Rechtskenntnisse fehlen, die für eine Bewertung der vorhandenen Tatsachen, eine konkrete Antragsstellung notwendigerweise erforderlich sind, d.h. dann, wenn die konkrete Anspruchsstellung eine Funktion der Beantwortung einer Rechtsfrage⁸⁶ darstellt. Nur hinsichtlich der Unzumutbarkeit rein normanwendungsbedingter Art kann der einzelnen Prozesspartei die Verantwortung nicht endgültig auferlegt werden.

Eine sachverhaltsmässige Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit und eine darauf basierende Unzumutbarkeit im Antragsbereich darf lediglich eine Rechtsdurchsetzung oder Rechtsverwirklichung nicht zum vornherein verunmöglichen (indem z.B. auf eine Klage oder Widerklage mangels klar bezifferter Antragsstellung nicht eingetreten wird)⁸⁷. Gerade die Prozessführung ermöglicht in diesen Fällen eine weitgehende Beseitigung einer im Zeitpunkt der Klageerhebung bestehenden Unzumutbarkeit (indem z.B. fehlende Unterlagen mittels Edition beigebracht werden können)⁸⁸. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Parteien die Verantwortung für das Tatsächliche eines Konflikts (d.h. die Beantwortung der Tatfrage) letzten Endes selbst tragen müssen und ihnen diese vom Richter nicht abgenommen werden kann.

Gerade diese Umstände belegen die enorme Bedeutung der prozessualen Behebung von Informations- und Argumentationsmängeln. Beurteilungskriterien hinsichtlich einer bestehenden Unzumutbarkeit bezüglich der Erfüllung prozessualer Obliegenheiten im Sachverhalts- und Antragsbereich ergeben sich weder aus § 55, § 142 Abs. 2 ZPO

86 Hinsichtlich des Komplexes Tatfrage – Rechtsfrage vgl. Guldener, ZPR, S. 478 ff. Nur dieses Kriterium darf für die Anspruchskonkretisierungsverantwortung der Parteien ausschlaggebend sein und nicht etwa materiellrechtliche Bestimmungen hinsichtlich der richterlichen Rechtsanwendung (z.B. Entscheid nach Ermessen). Wie P. Loosli, a.a.O., S. 81 m.E. richtig festhält, verstösst ein unbeziffertes Forderungsbegehren bei einem vernünftigen Verständnis der Dispositionsmaxime gar nicht gegen diese Ordnungsvorschrift. Die Rechtsanwendung ist Sache des Richters; fehlende Rechtskenntnisse dürfen einer Partei daher niemals eine Rechtsverwirklichung im Anspruchsbereich verunmöglichen. Liegt nicht ein klarer Anspruchsverzicht vor, wird einer Partei durch die Anwendung von Rechtsnormen auf einen Sachverhalt nicht mehr oder anderes zugesprochen als sie verlangt.

87 Insoweit ist den Ausführungen von P. Loosli, a.a.O., S. 59 ff, insbesondere der Zusammenfassung auf S. 73 zuzustimmen.

88 ZR 73 Nr. 72 S. 180/81 “Zu Unrecht nehmen His (N 10 zu Art. 963 OR) und ZR 47 Nr. 61 an, eine Editionsspflicht bestehe im Prozess nur gegenüber dem Richter und nicht auch gegenüber der Gegenpartei”; Guldener, Treu und Glauben, S. 406 “Offenbarungspflicht” der Parteien und Beweislastumkehr im Falle deren Verletzung.

noch aus anderen Prozessnormen“. Damit kann nur auf die Umstände des Einzelfalles zurückgegriffen werden. Die Feststellung einer Unzumutbarkeit setzt somit einen wertenden Akt des Richters voraus. Als diesbezügliche Hinweise werden die Unbeholfenheit, mangelnde Rechtskenntnis und daraus folgende fehlende völlige Klarheit hinsichtlich Substantiierungspflicht und deren Rechtsfolgen sowie das Vorliegen eines nicht ganz einfachen Falles erwähnt“. In Übereinstimmung mit der obergerichtlichen Rechtsprechung⁸⁹ kann bei rechtskundiger Vertretung durch einen Anwalt nicht von einer Unzumutbarkeit gesprochen werden (woraus nicht abgeleitet werden darf, dass offensichtliche Versehen und Irrtümer eines Rechtsanwalts nicht zur Aktualisierung der richterlichen Aufklärungspflicht führen können“).

89 § 131 Abs. 1 ZPO erwähnt hinsichtlich der Beweisabnahme in Bezug auf unbestrittene Behauptungen im Säuminsverfahren lediglich „ernsthafte Zweifel an ihrer Richtigkeit“.

90 ZR 58 redaktionelle Anmerkung zu Nr. 89 S. 241, ZR 60 Nr. 64 S. 126; S. 11 N 38; ZR 62 Nr. 102 S. 339, ZR 71 Nr. 3 «ein Rechtsirrtum muss entschuldbar sein. Dabei ist auf die subjektiven Verhältnisse des Betroffenen abzustellen... Die Meinung indessen, eine Frist sei auch noch nach ihrem Ablauf gewahrt, wäre selbst für einen Laien eine unentschuld bare Rechtsauffassung. Davon abgesehen ist der Beklagte Kaufmann und erscheint er in rechtlichen Angelegenheiten keineswegs als unbeholfen oder laienhaft...“

91 ZR 60 Nr. 64 S. 126, ZR 66 Nr. 35 Der Richter genügt seiner Fragepflicht, wenn er die rechtskundig vertretene Partei in einer Verhandlung auf die fehlende Substantiierung aufmerksam macht; „da die Beschwerdeführerin rechtskundig vertreten war, konnte sie nicht im Zweifel darüber sein, was von ihr erwartet wurde.“

92 Vgl. dazu die meines Erachtens auch heute noch gültige Feststellung in ZR 20 Nr. 178 „die allgemeinen Prozessgrundsätze (§ 90 ff ZPO) und die speziellen Vorschriften machen keinen Unterschied zwischen den von den Parteien selbst und den durch Rechtsanwälte als Parteivertreter geführten Prozessen; dem Richter liegt hier wie dort die Prozessleitung ob, und dazu gehört auch die Hebung von Mängeln der Parteivorträge, welche der § 99 ZPO dem Richter zur Pflicht macht; erst die Verweigerung genügender Antwort gibt das Recht, damit prozessuale Nachteile, zu verknüpfen...“. Diese zutreffenden Erwägungen gelten heute m.E. immer noch, nur mit der Einschränkung, dass nach § 55 ZPO heute lediglich „Gelegenheit zur Mangelbehebung“ einzuräumen ist. Fischli, a.a.O., S. 94 „Die Aufklärungspflicht des Richters ist auf jene Fälle von Rechtsirrtum zu beschränken, die auf Versehen und nicht auf mangelnder Sorgfalt in der Prozessführung beruhen“; BGE 88 III 121 „Ein Irrtum darüber, welcher Rechtsbehelf zu ergreifen sei, kann bei einem Anwalt jedenfalls dann nicht als verständlich gelten, wenn das Gesetz oder die Praxis hierüber klaren Aufschluss geben. So verhielt es sich im vorliegenden Fall angesichts der veröffentlichten ständigen, von der gebräuchlichen Fachliteratur (zit.) zutreffend dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichts“.

2. KAPITEL

RICHTERLICHE PFLICHTEN IM ZIVIL- PROZESSUALEN KOMMUNIKATIONS-, INFORMATION- UND ARGUMENTA- TIONSBEREICH.

A. PFLICHT ZUR GEWÄHRLEISTUNG EINES GERECHTEN KOMMUNIKATIONSVERFAHRENS

Jeder Bürger besitzt ein verfassungsmässiges Recht auf ein billiges, gerechtes Verfahren¹. Ein solches Verfahren hat folgende Mindestvoraussetzungen zu erfüllen: kontradiktorisches Verfahren bei Gleichstellung der Parteien (Waffengleichheit), Öffentlichkeit des Verfahrens, Bestehen eines unabhängigen und unparteiischen auf Gesetz beruhenden Gerichtes und Erlass eines Urteils innerhalb einer angemessenen Frist².

Das kantonale rechtlich geordnete Zivilprozessverfahren hat diese Mindestvoraussetzungen zu gewährleisten, kennt resp. kennen doch weder die EMRK (sowohl grundsätzlich als auch insbesondere bezüglich Art. 6) noch die bundesrechtlichen Normen einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt³.

Der Zivilprozess hat nicht nur hinsichtlich der Parteien (Gleichstellung im Verfahren) gerecht zu sein (parteiengerecht), sondern auch hinsichtlich der Sache (umfassende Rechtsverwirklichung) gerecht zu sein (sachgerecht). Damit ist ausgeschlossen, dass kantonale Zivilprozessnormen und deren Anwendung durch den Richter eine vollumfängliche Rechtsverwirklichung, insbesondere die Gleichstellung der Parteien im Rahmen des kontradiktorischen Kommunikationsverfahrens tangieren dürfen⁴.

1 Art. 6 EMRK, Art. 59 KV ZH (Art. 64 Abs. 3 BV).

2 BBl 1968 Bd II S. 1097 und dort zit. Lit.

3 B 1931/63, EuGRZ 77 S. 420.

4 Die einzige grundlegende – jedoch die Rechtsverwirklichungspflicht nicht tangierende – Einschränkung im zürcher Zivilprozessverfahren ergibt sich aus § 51 Abs. 1 ZPO; diese Bestimmung setzt ein rechtliches Interesse an der Beurteilung einer Klage voraus; vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 1 – 8 zu § 51 ZPO.

Garantiert Art. 4 BV zunächst nur eine gleiche “Stellung vor dem Gesetz”, m.a.W. eine Gleichheit der Rechtsanwendung, garantiert das verfassungsmässige Recht auf ein billiges, gerechtes Verfahren eine verfahrensmässig gerechte Behandlung im Rahmen der Konfliktserledigung.

Art. 6 EMRK statuiert damit eine eigentliche Leistungspflicht des Staates und seiner Justizorgane: die Sicherstellung der Anhörung jedes Bürgers in einem billigen (gerechten) und zeitlich angemessen durchgeführten Verfahren⁵. In diesem Sinne billig, gerecht hat damit sowohl die Anhörung der Prozessparteien als auch deren Möglichkeit, sich Gehör zu verschaffen auszufallen. Die Gewährleistung der kontradiktorischen Kommunikation als ziel- und zweckgerichtete Gehörsverschaffung innerhalb des Zivilprozesses hat sich am Gleichheitsgedanken, der bereits in Art. 6 EMRK enthalten ist, zu orientieren. Garantiert die Bundesverfassung den Gehörsanspruch nicht explizit, leitet ihn die bundesgerichtliche Rechtsprechung seit langer Zeit aus dem verfassungsmässigen Rechtsgleichheitssatz (Art. 4 BV) ab⁶.

Der Anspruch der Prozessparteien auf rechtliches Gehör erhält im gewöhnlichen Zivilprozess besondere Bedeutung durch die grundsätzliche Geltung der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime. Denn obliegt den Parteien die Darlegung des Prozessstoffes und bildet dieser die Grenze der richterlichen Rechtsanwendung, vermag nur eine umfassende Gewährleistung des rechtlichen Gehörs und damit eine situationsadäquate Äusserungsmöglichkeit der einzelnen Prozesspartei eine sach- und parteiengerechte Rechtsverwirklichung zu garantieren. Nur durch die Ausübung ihres Gehörsanspruches können die Parteien ihren prozessualen Obliegenheiten nachkommen.

Bestimmt nun § 56 Abs 1 ZPO, den Parteien stehen ein Anspruch auf rechtliches Gehör "nach Massgabe des Gesetzes" zu, wird der Gehörsanspruch dadurch auch mit Verfahrensbestimmungen verknüpft, die dem Richter Handlungsverpflichtungen auferlegen, welche

5 Trechsel, Die europäische Menschenrechtskonvention, S. 86, 96 100; EuGRZ 78 (5. Jg., Heft 18) S. 417 (Fall König) "Gewiss mag das gegenwärtige System wegen der Zahl der Instanzen und Rechtsmittel kompliziert erscheinen, doch verkennt der Gerichtshof nicht, dass sich diese Situation aus der höchst achtbaren Sorge erklärt, die Rechtsgarantien des Einzelnen zu verstärken. Wenn dies dazu führt, dass die Verfahren unübersichtlich werden, ist dies allem die Aufgabe des Staates, daraus die Konsequenzen zu ziehen und gegebenenfalls das System im Hinblick auf die Einhaltung von Art. 6 Abs. 1 der Konvention zu vereinfachen"; zur angemessenen Frist für die Durchführung eines Verfahrens vgl. EuGRZ 79 (6. Jg., Heft 11) S. 271 ff.

6 Sträuli/Messmer, ZPO, N 1 zu § 56 ZPO; P. Loosli, a.a.O. S. 85/86 und dort zit. Lit.; wo sich der kantonale Rechtsschutz als ungenugend erweist, greifen die unmittelbar aus Art. 4 BV folgenden bundesrechtlichen Verfahrensregeln zu Sicherung des rechtlichen Gehörs Platz (BGE 92 I 187, 96 I 21, 99 Ia 45 E 3b, 101 Ia 170, 310); Walder, Offizialmaxime, S. 6 (zit. hinten S. 57 N 89).

7 So z.B. § 55 (richterliche Fragepflicht), § 57 (Rechtsanwendung von Amtes wegen), § 136 (Beweisaufgabebeschluss) ZPO.

ihrerseits die Gehörsverschaffung seitens der Parteien erleichtern und unterstützen⁷. Erscheint die zürcherische Regelung des Gehörsanspruches auf den ersten Blick durch die Beifügung der Wendung “nach Massgabe des Gesetzes” einschränkend, erweist sie sich tatsächlich aufgrund der verfahrensmässigen Regelungsdichte und Regelungsinintensität weitreichender, als sie ohne diesen Zusatz ausfallen würde. Die kompensatorischen Handlungsverpflichtungen des Richters aktualisieren sich immer dann, wenn eine sach- und parteiengerechte Gehörsverschaffung im prozessualen Kommunikationsverfahren gefährdet erscheint. Durch die dargestellte Gewährleistung des Gehörsanspruches wird auch die Berechtigung der Prozessparteien auf Mitwirkung am Prozess (z.B. mittels vollumfänglichen oder teilweisen Vergleichsabschlusses, Klagerückzugs oder entsprechender Klageanerkennung) sichergestellt⁸.

Da die prozessuale Streiterledigung nur unter Verwendung von Kommunikationsmitteln erfolgen kann, erfordert ein gerechtes Kommunikationsverfahren die Gewährleistung einer rechtsgleichen Kommunikationsmittelverwendung. Diese Mittel sind die einzigen “Waffen” der Prozessparteien im “Kampf um das Recht”. Billig, resp. gerecht erscheint ein solcher “Kampf” nur dann, wenn eine Waffengleichheit unter den “Kämpfenden” herrscht. Der Grundsatz der rechtsgleichen Gehörsverschaffung bedingt damit einerseits eine Waffengleichheit, andererseits eine Chancengleichheit hinsichtlich der Waffenverwendung⁹.

Eine richterliche Leistungspflicht ergibt sich deshalb nicht nur aufgrund des aus Art. 64 Abs. 3 BV folgenden Grundsatzes der Garantierung der Rechtsverwirklichung durch kantonales Prozessrecht, sondern auch aus Art. 4 BV, der eine rechtsgleiche Gehörsverschaffung verlangt. Eine lediglich formale (der Chancengleichheit hinsichtlich der Waffenverwendung entsprechende) Gewährung des rechtlichen Gehörs vermag eine rechtsgleiche Gehörsverschaffung allein noch nicht zu garantieren, da sie eine bestehende (inhaltliche) Waffenun-

8 Sträuli/Messmer, ZPO, N 2 zu § 56 und dort zit. Lit.; zur Mitwirkungsobliegenheit und Offenbarungspflicht im Rahmen der Mangeleruierung und Mangelbehebung vgl. Guldener, Treu und Glauben, SJZ 39 S. 395; ZR 73 Nr. 12.

9 Zur diesbezüglichen Rechtsprechung der EMRK-Kommission vgl. Vasak, la convention européenne des droits de l'homme, Paris 1964; das Bundesgericht spricht diesbezüglich von einem “Postulat der anzustrebenden Waffengleichheit” (Pra 67 Nr. 161 S. 415); Kohlbacher, Verteidigung und Verteidigungsrechte unter dem Aspekte der “Waffengleichheit”, Diss. ZH, 1979; Müller, ZBJV 115, S. 154.

materielle Prozessleitung darstellt, Schranken gesetzt. Sie ist nicht nur auf Fälle fehlender, nicht vertretbarer Unfähigkeit einer Prozesspartei zu beschränken, sondern hat nur soweit für eine Rechtsverwirklichung unbedingt notwendig und insbesondere stufenweise angewendet zu werden. Oberster Grundsatz ist und bleibt, dass die Parteien selbst ihre prozessualen Obliegenheiten zu erfüllen haben und der Richter nicht für sie handeln darf. Im Rahmen des helfenden richterlichen Tätigwerdens ist stufenweise, einer Lenkungsstrategie folgend vorzugehen. Die dabei gebotenen Gelegenheiten zur Mangelbehebung haben die Prozessparteien selbst wahrzunehmen. Die entsprechenden Säumnisfolgen haben sie nur dann nicht zu verantworten, wenn ihnen die Wahrnehmung der gebotenen Mangelbehebungsgelegenheit nicht zugemutet werden kann.

B. KOMMUNIKATIONSFÖRDERUNGS-/KOMMUNIKATIONSLENKUNGSPFLICHT

Das prozessuale Konfliktserledigungsverfahren ist trotz aller Gegensätzlichkeiten der Parteiinteressen durch ein von allen Prozessbeteiligten getragenes Grundbedürfnis geprägt: den Konflikt "aus der Welt zu schaffen". Ausdruck dieser grundlegenden Gemeinsamkeit stellen die Gebote von Treu und Glauben, der Wahrheitspflicht sowie der Verbote der Führung wissentlich ungerechter Prozesse und Verwendung unerlaubter Prozessführungsmittel¹¹ sowie schliesslich die einzuhaltende Ausdrucksform der einzelnen Parteivorbringen¹² dar. Damit soll hinsichtlich des Zusammenwirkens der Prozessbeteiligten im Rahmen der Konfliktserledigung ein minimales Mass an "fairness" beibehalten werden. Zur Sicherstellung einer konstruktiven Kommunikationsbasis dient auch das Erfordernis der kontradiktorischen Ausgestaltung der Parteiäusserungen¹³. Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass die Streitparteien "aneinander vorbei reden". Im Rahmen dieser dialogischen Kommunikation soll der Konflikt "ausdiskutiert" werden. Trotz aller Gegensätzlichkeit der Streitsituation hat sich die richterli-

11 § 50 ZPO; Guldener, SJZ 39, S. 301, 405 "loyale Prozessführung".

12 Vgl. S. 2 N 5.

13 § 113 ZPO, vgl. S. 4 N 14, S. 5 N 17.

che Verfahrensleitung¹⁴ auf eine dialogische Verständigung¹⁵ auszurichten, eine *Verständigung innerhalb der Konfliktgegensätzlichkeit*.

1. Kommunikationsförderung

Im Rahmen der Sicherstellung des dialogischen Zusammenwirkens der Konfliktparteien erhalten alle Verfahrensleitungsmittel¹⁶ des Richters Bedeutung, welche sich auf die dialogische Verständigung unter den Parteien positiv auswirken und Verständigungshindernisse zu beseitigen vermögen.

Dazu gehört primär eine möglichst frühzeitige Kontaktnahme des Richters mit den Parteien im Rahmen der unmittelbaren, d.h. mündlichen Kommunikation¹⁷. Dabei ist die Schaffung eines kommunikationsfördernden Verhandlungsklimas sowohl auf der Ebene Parteien – Richter als auch unter den Parteien von nicht zu unterschätzender Bedeutung (Schaffung einer kooperativen Vertrauensgrundlage, Sicherstellung der gleichmässigen Gehörsverschaffung, Unterdrückung unsachlicher, persönlicher Emotionen¹⁸. Beseitigung allfällig vorhandener Ängste, usw.)

Diese Aufgabestellung fordert vom Richter ein hohes Mass an Einfühlungsgabe in die situationsbezogenen Umstände der einzelnen Prozesspartei. Sie erfordert gleichzeitig auch die Einbeziehung situationsmässiger, ausserrechtlicher Gegebenheiten in die dominierende normbezogene Optik.

14 § 122 Abs. 2 GVG.

15 Schreckenberger, Rhetorische Semiotik als rechtswissenschaftliche Grundlagendisziplin, ARSP NF Nr. 9, S. 37; dabei geht es wie Baumgartel, Gleicher Zugang zum Recht für alle, S. 116 17 m.E. zu recht ausführt nicht darum, "in einem dialektischen Prozess der Wahrheitsfindung gemeinsam zu einem richterlichen Urteil" zu kommen; es geht vielmehr darum, im Rahmen der prozessualen Konfliktdarstellung eine möglichst umfassende Verständigung hinsichtlich der bestehenden Konfliktgegensätzlichkeiten zu erreichen.

16 § 122 Abs. 2, § 124, § 130, § 131, § 134, § 135 Abs. 3 und 4 GVG; Hauser/Hauser, GVG, N 2 und 3 zu § 136 (alt) GVG.

17 Strauli/Messmer, ZPO, zu § 62 "Nach Satz 2 soll im Sinne einer Ordnungsvorschrift eine Vergleichsverhandlung vor schriftlicher Replik und Duplik stattfinden, damit nicht ein schriftliches Hauptverfahren ohne jeden direkten Kontakt zwischen Richter und Parteien abgewickelt wird". Zu Recht kritisieren Hauser/Hauser, GVG, S. 524 die in der Praxis vielfach festzustellende Tendenz der Ausdehnung der Schriftlichkeit; vgl. auch Wyss, a.a.O., S. 32.

18 Zu den sitzungspolizeilichen Aufgaben des Richters vgl. Hauser/Hauser, GVG, zu § 138 (alt) GVG und dort zit. Lit.

2. Kommunikationslenkung

Im Rahmen der rechtlichen Problemlösung hat (im Gegensatz zum reinen Meinungs- oder Ideologienstreit) eine ganz spezifische, von der normbezogenen Optik geprägte Problematisierung eines streitigen Geschehensablaufes stattzufinden. Fehlt es einer oder beiden Parteien an dieser spezifischen Problematisierungsfähigkeit im Rahmen der erforderlichen kontradiktorischen Kommunikation, hat der Richter nicht nur dafür zu sorgen, dass ein Streit überhaupt "ausdiskutiert" wird, sondern durch ein aktives Tätigwerden darauf hinzuwirken, dass die dialogische Kommunikation über die "entscheidungsrelevanten" Konfliktprobleme geführt wird. Dadurch wird die grundsätzliche Kommunikationsförderungspflicht (Sicherstellung des dialogischen Zusammenwirkens) zur Kommunikationslenkungspflicht (Sicherstellung eines sachrelevanten dialogischen Zusammenwirkens).

Die beiden dargestellten richterlichen Pflichten erfassen die Problemlokalisierung und Problembehandlung durch die Parteien sowohl im Sachverhalts- als auch Antragsbereich. Handeln die Prozessparteien diesbezüglich z.B. aus Versehen, Irrtum oder Unfähigkeit mangelhaft, hat die richterliche Kommunikationslenkung der betreffenden Partei Gelegenheit einzuräumen, dass über die entscheidungsrelevanten Konfliktprobleme geredet wird (demgegenüber erfasst die Argumentationslenkung die Frage *wie* über die entscheidungsrelevanten Konfliktprobleme gesprochen wird). Die Kommunikationsförderung bzw. -lenkung dient damit der Herstellung eines ausreichenden Problemfundamentes als Argumentationsbasis durch die Prozessparteien¹⁹. Als solche betrifft sie die unvollständige Sachverhaltsdarlegung und Antragstellung²⁰, währenddem die Argumentationsförderung und -lenkung

19 Haft, a.a.O., S. 98 "Entscheidend ist zunächst, dass man sich Klarheit über die möglichen Gegenstände des Argumentierens verschafft"; Guldener, ZPR, S. 165 "Es liegt in der Aufgabe des Richters als Wahrer des Rechtes begründet, dass er darnach trachten muss, ein der wirklichen Rechtslage entsprechendes Urteil zu fällen. Ob das gelingt, hängt nicht nur von der Rechtsanwendung durch das Gericht, sondern auch davon ab, ob ihm die Parteien das Tatsachenmaterial richtig und vollständig unterbreiten. Pflicht des Gerichtes ist es, darauf hinzuwirken, dass dies geschieht"; Fischli, a.a.O., S. 81; Wyss, a.a.O., S.88.

20 §§ 113, 115 Ziff. 5 ZPO; ZR 66 Nr. 35, 67 Nr. 26; wichtigste Erscheinungsformen der Unvollständigkeit stellen die Inkongruenz von Sachverhalts- und Antragsbereich sowie fehlende Behauptungen innerhalb des Sachverhalts- und Antragsbereichs dar (und zwar hinsichtlich der Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit monologischer und dialogischer Elemente der einzelnen Parteivorbringen, vgl. S. 5; Guldener, ZPR, S. 231 N 19).

die klare und bestimmte Sachverhaltsschilderung und Antragsstellung erfasst²¹. Sie umfasst einen Teilaspekt der aus der Behauptungslast folgenden Substantiierungspflicht der Parteien²² und zwar insoweit, als damit die *Vollständigkeit* des einzelnen Parteivorbringens (im Sinne der Nachvollziehbarkeit eigener und sich mit den gegnerischen Vorbringen auseinandersetzenen Äusserungen) betroffen ist.

2.1. Kommunikationslenkung als Mittel zur vollständigen Problembe- reichsschaffung

Die direkte sprachliche Interaktion ermöglicht (viel weitgehender als ein unpersönliches schriftliches Verfahren) die Herstellung von Grundkonsensen, die gerade auch innerhalb der Konfliktsgegensätzlichkeiten von massgeblicher Bedeutung sind. Die crux manches langwierigen Zivilprozesses liegt gerade darin begründet, dass es viel zu lange dauert, bis die Parteien selbst Klarheit darüber erhalten, worum überhaupt gestritten wird. Ziel der Kommunikationslenkung ist deshalb, möglichst frühzeitig das Chaos eines sozialen Konfliktes in einer für die Parteien verständlichen Form²³ auf die *wirklichen* Probleme zu reduzieren und einen Grundkonsens unter den Parteien dahingehend zu erreichen, dass sie sich einig werden, worüber "eigentlich" gestritten werden will und soll. Dabei hat der angerufene Richter sein Wissen und Urteilsvermögen nicht nur im Hinblick auf eine autoritative Streitentscheidung in den Dienst der Parteien zu stellen, sondern auch im Hinblick auf eine Streiterledigung durch die Parteien selbst²⁴. Als Förderungs- und Lenkungsmittel kommen Hinweis und Aufforderung (nicht aber die Frage, welche ein Mittel der Argumentationslenkung im Sinne der engeren richterlichen Fragepflicht darstellt) unter Anwendung der topischen und pragmatischen Form²⁵ in Betracht.

21 Siehe hinten, S. 45 ff.

22 Guldener, ZPR, S. 166; Sträuli/Messmer, ZPO, N 13 zu § 113 ZPO.

23 Heinz, Juristische Sprachverwendung und Kommunikationssituationen, ARSP NF Nr. 9 S. 105, die Fachsprache des Juristen, die Juristensprache ist in die Allgemeinsprache zu übertragen und die Fachbegriffe sind allgemein verständlich zu entfalten.

24 Levi, Der Richter als Vermittler, SJZ 63 S. 256; Frank, Die Gefährdung zivilrechtlicher Ansprüche durch kantonales Prozessrecht, SJZ 63 S. 249; so wie die Autorität des Gesetzes nicht im statischen Bestand doktrinäer Ideen zu suchen, sondern in seinen, im Fall durch Applikation zu konkretisierenden Ordnungszielen zu sehen ist (Hinderling, a.a.O., S.140), hat auch die Autorität des verfahrensleitenden Richters eine lenkende, vermittelnde und ordnende Funktion.

25 Siehe S. 17; Sträuli/Messmer, ZPO, N 6 und 10 zu § 55 ZPO verwenden die Begriffe "aufmerksam machen", "Aufforderung".

Im Sinne der ersten Stufe einer Prozesslenkungsstrategie soll damit der mit nicht vertretbaren Problemlokalisierungsschwierigkeiten konfrontierten Partei zunächst die diesbezügliche eigenverantwortliche Mangelbehebung ermöglicht werden. Erst im Falle einer nicht ausreichenden, nicht zu vertretenden argumentativen Problembehandlung ist in einer zweiten Stufe lenkend auf die Argumentationsführung einzuwirken²⁶.

Durch ein *stufenweises* Vorgehen kann die Meinungsbildung der einzelnen Prozesspartei, welche mit der Rechtshängigkeit des Streites keineswegs aufhören soll, und die Umsetzung dadurch gewonnener neuer Einsichten in parteiautonome Streiterledigungshandlungen ermöglicht werden.

Die Problemlenkungsstrategie hat sich am vorgegebenen Prozessablauf²⁷ zu orientieren. Dabei soll den Parteien immer zunächst je ein Äusserungsforum zur Verfügung gestellt werden. Zeigt dieser eine Vortrag Problemlokalisierungsschwierigkeiten auf, hat sofort die Kommunikationslenkung einzusetzen (es soll nicht einfach trotz Fehlens eines vollständigen Problemfundamentes "weiterprozessiert" werden). Dies hält die Zivilprozessordnung hinsichtlich des mittelbaren schriftlichen Verfahrens ausdrücklich fest²⁸, hat aber auch für das mündliche Verfahren zu gelten. Gleichzeitig wird damit auch dem Kläger bzw. Widerkläger die Hauptlast hinsichtlich der Problemlokalisierung übertragen (seitens des Beklagten bzw. Widerbeklagten wird in dieser ersten Phase lediglich verlangt, dass er sich zur Klage bzw. Widerklage überhaupt äussert).

26 Siehe hinten S. 45 ff; versäumt die betreffende Partei die Mangelbehebung vollumfänglich, d.h. äussert sie sich zu einem Problem trotz eingeräumter Gelegenheit nicht einmal unklar oder unbestimmt, hat sie die Konsequenzen im Sachverhaltsbereich allein, im Antragsbereich im Rahmen der Zumutbarkeit der Mangelbehebung selbst zu verantworten (vgl. S. 22 Ziff. 6.1). Eine richterliche Sachverhalts"ergänzung" ist nicht denkbar, da er die dazu notwendigen Wahrnehmungen nie selber erfahren haben kann. Anders liegen die Dinge im Anspruchsbereich, welcher von Wertungen bestimmt ist, damit aber eine Antrags"ergänzung" durch den Richter durchaus ermöglichen kann.

27 §§ 121, 126–128 ZPO weisen den Parteien im Rahmen des Hauptverfahrens grundsätzlich zwei zeitlich gestaffelte "Vorträge" zu.

28 § 130 in Verb. mit § 113 ZPO fordern bereits hinsichtlich einer nicht genügend "bestimmten und vollständigen" (richtigerweise fehlt der in § 55 ZPO zusätzlich erwähnte Begriff "klar") Behauptungsdarlegung in der Klagebegründung und Widerklagebegründung eine Mangelbehebung; ZR 60 Nr. 64.

Darf nun an die Behauptungslast nicht ein zu strenger Massstab angelegt werden²⁹, so bedarf doch die Problemdarstellung als Mindestvoraussetzung der *Nachvollziehbarkeit*³⁰. Eine in diesem Zeitpunkt noch fehlende Aussagekräftigkeit kann nötigenfalls mit der in einer zweiten Phase anzuwendenden Argumentationslenkung erreicht werden³¹. Der Kommunikationsförderung und -lenkung wird in der Praxis oft zuwenig Bedeutung zugemessen. Allzuoft wird dem Hauptverfahren einfach seinen Lauf gelassen (durch reine Annahme und Weiterleitung der Rechtsschriften oder "Durchziehen" der mündlichen Parteivorträge) mit dem beruhigenden Gedanken, "später" immernoch Gelegenheit zu haben, "zum rechten zu sehen". Die durch die Ausübung der richterlichen Kommunikationslenkungspflicht eintretende Verzögerung wird durch den damit erzielbaren Erfolg (vollständige und bestimmte Problemabgrenzung, Förderung des Meinungsbildungsprozesses) bei weitem aufgewogen.

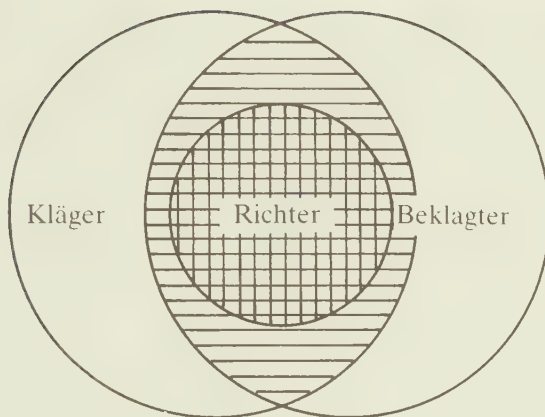
Durch die richterliche Kommunikationsförderung und -lenkung gelingt es, die Kernproblematik eines Konfliktes sowohl im Sachverhalts- als auch Antragsbereich durch die Parteien selbst herausarbeiten zu lassen (vgl. Skizze 2)³².

29 Sträuli Messmer, ZPO, N 7 zu § 113 ZPO, OG ZH I. Zivilkammer, Beschluss vom 8.12.78 i.S. A.c. S. wonach eine "taugliche Grundlage" für die Klagebeantwortung notwendig ist.

30 Siehe S. 13; BGE 98 II 36 E. 2 und 4, 97 II 218 E. 2; ZR 36 Nr. 83, 43 Nr. 217 S. 305; der Geschädigte ist nicht der Pflicht enthoben, alle sachverhaltsmässigen Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar nach kantonalem Prozessrecht darzulegen und zu beweisen.

31 OG Entscheid oben N 29, S. 5 "Allfällige Unklarheiten lassen sich durch Befragung (§ 55 ZPO) in einer Referentenaudienz (§ 118 Abs. 2 ZPO) beheben". Zeigt sich bereits aufgrund des ersten Vortrages, dass eine Partei offensichtlich unfähig ist, die Gelegenheit zur Mangelhebung selbst zu ergreifen, ist die Aufforderung mit dem Behelf gemäss § 29 Abs. 2 ZPO (allenfalls verbunden mit dem Hinweis auf § 84 ZPO) zu verbinden. Leistet die Partei trotz Zumutbarkeit der Aufforderung keine Folge, ist nach den Säumnisandrohungen von § 130 ZPO (wobei auch im mündlichen Verfahren hinsichtlich des Klägers auf Nichteintreten zu erkennen ist) zu verfahren.

32 Die Kommunikationsförderung und -lenkung setzt immer auch eine Information seitens des Richters voraus, vgl. nachfolgend S. 39 ff.



Skizze 2
Entstehung des Streitkernproblems

3. Gefahren einer Kommunikationslenkung?

Wenn nun auf Gefahren einer materiellen Verfahrenslenkung durch den Richter, insbesondere die Aushöhlung der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime hingewiesen wird³³, muss doch klar gesehen werden, dass nicht nur eine bestehende Unklarheit oder Unbestimmtheit (beide Begriffe setzen notwendigerweise eine gegebene Parteibehauptung voraus) ein aktives Tätigwerden des Richters verlangt, sondern eben auch die Unvollständigkeit. Der letztere Begriff erfasst zwangsläufig auch "fehlende", damit nicht vorgebrachte Sachverhalts- und Antrags Elemente eines nur unvollständig (zumindest jedoch schemenhaft) dargelegten Lebensvorgangs und Anspruchs (wobei beide Be-

33 Sträuli/Messmer, ZPO, N 4 zu § 55 ZPO "Nur wenn rechtzeitig gemachte Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt bleiben, entsteht die richterliche Fragepflicht mit der Folge, dass Ergänzungen der Parteien nach § 115 Ziff. 5 im Prozess noch zu berücksichtigen sind. Leitgedanke bleibt, dass das Gericht den Parteien nicht die Verantwortung für rechtzeitiges Vorbringen abnehmen soll, weil damit der Grundsatz der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime ausgehöhlt und eine auf Zeitgewinn abzielende trölerhafte Prozessführung prämiert würde."

reiche eine Beurteilungseinheit bilden)³⁴. Materielle Verfahrenslenkungs-massnahmen können nicht gegen die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime verstossen, wenn sie innerhalb eines, aufgrund unvollständiger Darlegung nur schemenhaft, aber insoweit doch wertungsmässig erkennbaren Sachverhalts- und Anspruchs'bereichs' bleiben. Sie verstossen auch deshalb nicht gegen diese Maximen, weil nach wie vor die einzelne Partei (und eben nicht der Richter) die grundsätzliche Verantwortung für die Behebung der – mittels richterlicher Kommunikationslenkung, Argumentationslenkung sowie Information lediglich bewusst gemachten, nicht aber bereits dadurch behobenen – Mängel trägt. Die einzige Ausnahme im Antragsbereich³⁵ – in deren Rahmen der Richter in engen, abgrenzbaren Fällen (Unzumutbarkeit) diese letzte Verantwortung der betreffenden Partei abzunehmen hat – ergibt sich aus dem im Verhältnis zu einer reinen Ordnungsvorschrift höherwertigen Grundsatz der Verwirklichung des materiellen Rechts. Daran vermag auch die – teilweise berechnete – Kritik des Kommentators zu ZR 58 Nr. 89 nichts zu ändern. Richtig ist, dass § 114 ZPO grundsätzlich (im Hinblick auf § 115 ZPO aber eben nicht ausschliesslich) im Hauptverfahren nicht vorgebrachte Anträge zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausschliesst. Dies allein spricht jedoch nicht gegen die ebenso grundsätzliche richterliche Fragepflicht (welche sich sowohl auf unklare oder unbestimmte, wie auch unvollständige Parteivorbringen bezieht). Allfällig bestehenden Gefahren hinsichtlich einer Aushöhlung der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime oder trölerhaften Prozessführung kann und muss durch

34 Dies legt m.E. das Kassationsgericht in ZR 58 Nr. 89 überzeugend dar: "Wurde ... sogar gegenüber einer unterlassenen Bestreitung mit ihren strengen Rechtsfolgen die Fragepflicht des Richters als gegeben erachtet, so muss eine solche noch viel eher dort bejaht werden, wo eine Bestreitung zwar erfolgt, aber nicht substantiiert worden ist." Davon gehen auch Sträuli/Messmer, ZPO, N 7 zu § 155 ZPO aus: "... die Parteien auffordert, die tatsächlichen Grundlagen für die Rechtsfindung zu 'ergänzen'..."; ebenso OG ZH, Beschluss der I. Zivilkammer vom 21. Oktober 1976 "Für den Entscheid über die Forderungen auf Ersatz der Staats- und Gemeinde- sowie der Wehrsteuern fehlt es an den notwendigen Grundlagen. Die Parteien haben für die jetzt gegebene rechtliche Ausgangslage die erforderlichen Behauptungen nicht aufgestellt, und die Vorinstanz hat es, von einer abweichenden Rechtsauffassung ausgehend, unterlassen, durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht die nötigen Behauptungen zu veranlassen." (S. 21). Dabei ist zu beachten, dass ein unvollständiges Parteivorbringen immer auch unklar und unbestimmt ist, dies aber nicht auch umgekehrt gelten muss (ein Parteivorbringen kann vollständig, aber z.B. aufgrund einer missverständlichen Sprachverwendung unklar und unbestimmt sein).

35 Siehe S. 24/25; P. Loosli, a.a.O., S.77.

eine korrekte und vernünftige Ausgestaltung und Anwendung der materiellen Verfahrenlenkungsmittel gesteuert werden. Gerade diesbezüglich kommt der Kommunikationslenkung (sowie der in einer zweiten Phase folgenden Argumentationslenkung) bereits während des Hauptverfahrens zwecks Erzielung einer zumindest allgemeinsprachlich nachvollziehbaren und allgemeinverständlichen Parteiäusserung wichtige prozessbeschleunigende Bedeutung zu. Sie stellt das Korrelat zur Behauptungslast der Prozessparteien dar und betrifft in der ersten Phase lediglich die Unvollständigkeit oder Unbestimmtheit eines Parteivorbringens im Sinne der *Nachvollziehbarkeit* (noch nicht aber die Unklarheit oder Unbestimmtheit im Sinne der Aussagekräftigkeit). Die Kommunikationslenkung ist ein Teilaspekt der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO, welche letztere sowohl die Nachvollziehbarkeit als auch die Aussagekräftigkeit umfasst.

Erachtet der verhandlungsleitende Richter ein Parteivorbringen im dargestellten Sinne unvollständig oder unbestimmt, ist der mangelhaft handelnden Partei grundsätzlich Gelegenheit zur Mangelbehebung einzuräumen (selbst gegenüber einer rechtskundigen oder rechtskundig vertretenen Partei darf nicht sofort auf Nichteintreten entschieden werden). Im Rahmen dieser Kommunikationslenkung muss alsdann auf die erkennbaren Fähigkeiten der einzelnen Partei (z.B. Sachkunde, Rechtskunde, rechtskundige Vertretung) abgestellt und die angewendete Lenkungsmassnahme ausgerichtet werden. Ergreift sodann die betreffende Partei die ihr gebotene Gelegenheit zur Mängelbehebung nicht oder nicht in dem ihr zumutbaren Masse, treffen sie die prozesualen Folgen zu Recht.

C. INFORMATIONSPFLICHT

Wie bereits kurz skizziert³⁶, ergeben sich im Rahmen des Zivilprozessverfahrens verschiedene Informationsebenen und dementsprechend verschiedene Informationsbedürfnisse (in diesem Sinne bilden die Prozessbeteiligten eine eigentliche Informationsgemeinschaft). Vom Standpunkt des Richters als entscheidungsberufenes und verfahrensleitendes Organ aus ergibt sich eine aktive Informationspflicht in zweifacher Hinsicht: einerseits die richterliche Pflicht, sich selbst über den

³⁶ Siehe S. 3 f.

Konflikt ausreichend zu informieren, andererseits bestehende Informationsbedürfnisse der Konfliktparteien (im Rahmen ihrer prozessualen Obliegenheiten) zu erfüllen.

So bezeichnete die alte Zivilprozessordnung vom 13. April 1913³⁷ die Mangelbehebung noch ausdrücklich als "Fragerecht" des Richters. Dieses wurde als Eingriff des Richters "in die Geheimsphäre der Parteien" aufgefasst; im Vordergrund stand der Gedanke, der entscheidungsberufene Richter müsse ein Recht auf klare, bestimmte und vollständige Parteivorbringen (als Informationsgrundlage für einen Entscheid) haben um die Streitigkeit "richtig" erledigen zu können³⁸. Doch auch in dieser alten Fassung wurde bereits eine Fragepflicht des Richters gesehen³⁹. Die neue Fassung verwendet nunmehr nur noch den Begriff "Fragepflicht"⁴⁰, wobei entgegen der alten Fassung "hat der Richter den Mangel durch geeignete Fragen zu heben" die Wendung "ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung"⁴¹ verwendet wird. Damit wird deutlich zum Ausdruck gebracht, dass einerseits grundsätzlich die Partei einen Mangel selbst zu beheben hat, andererseits, dass die richterliche Befragung nur eine der möglichen Mangelbehebungsmöglichkeiten darstellt⁴².

37 Vgl. auch beleuchtender Bericht des Regierungsrates zur Abstimmungsvorlage im Amtsblatt 1913.

38 § 99 (alt) ZPO; Sträuli/Hauser, ZPO, Z 99 S. 181; ZR 17 Nr. 199 S. 368.

39 Sträuli/Hauser, ZPO, Z 99 S. 182.

40 § 55 ZPO.

41 Dass darin auch ein "Fragerecht" des Richters eingeschlossen ist, nehmen auch Sträuli/Messmer, ZPO, N 8 zu § 55 ZPO an: "Ergibt sich aus den tatsächlichen Vorbringen der Parteien, dass der Forderung eine verrechenbare Gegenforderung entgegensteht, oder dass der eingeklagte Anspruch verjährt ist, oder darüber bereits rechtskräftig entschieden wurde, oder anderweitig eine Klage anhängig ist, so steht dem Richter ein Fragerecht zu, ob eine entsprechende Einrede erhoben (Art. 124, 142 OR), bzw. ein entsprechender Antrag gestellt wird. Art. 142 OR dürfte im Hinblick auf Art. 63 Abs. 2 OR einem Fragerecht des Richters nicht entgegenstehen".

Ob sich aber etwas derartiges aus den tatsächlichen Vorbringen "ergibt" ist nur aufgrund einer Auslegung und Wertung der Vorbringen zu schliessen. Diese Situation kann sich nicht nur bezüglich einer Unklarheit oder Unbestimmtheit, sondern auch hinsichtlich einer Unvollständigkeit ergeben (vgl. S. 37 N 33), dann nämlich, wenn sich z.B. die Verjährung aus einer Gegenüberstellung und Wertung der einzelnen Parteivorbringen "ergibt", eine solche Behauptung aber überhaupt nicht aufgestellt wurde, das Parteivorbringen somit diesbezüglich nicht nur unklar oder unbestimmt, sondern "unvollständig" ist; BGE 78 II 97.

42 In diesem Sinne erscheint der Begriff "Fragepflicht" zu eng.

Sowohl die materiellen Verfahrenlenkungsmittel der Kommunikationsförderung und -lenkung als auch der Argumentationsförderung und -lenkung sind ohne richterliche Information im einleitend festgehaltenen doppelten Sinne undenkbar. Die Eigeninformation des Richters hängt vom Informiertsein der Parteien hinsichtlich ihrer prozessualen Obliegenheiten ab. Sind aber die Parteien nicht oder nur ungenügend diesbezüglich informiert, gelangt auch der Richter nicht in den Besitz einer für die Streitentscheidung notwendigen Informationsgrundlage hinsichtlich Sachverhalt und Ansprüche.

1. Aktive Informationspflicht

Ob eine für den Entscheid genügende Informationsbasis vorliegt, kann verlässlich nur der Richter aufgrund der normbezogenen Optik entscheiden. Was für die Parteien "vollständig, bestimmt und klar" erscheint – ein Bestreben, hinsichtlich ihrer eigenen Interessen nicht entsprechend handeln zu "wollen", kann kaum angenommen werden⁴³ –, muss es für den Richter noch lange nicht auch sein. Soll den Parteien "Gelegenheit" zur Mängelbehebung auch wirklich geboten werden, bedingt dies notwendigerweise eine Information hinsichtlich Art und Umfang des vom Richter als Mangel betrachteten unvollständigen, unbestimmten oder unklaren Parteivorbringens. Der konkrete Umfang der vom Richter im Rahmen der materiellen Verhandlungslenkungspflicht abzugebenden Information hat sich an den erkennbaren Fähigkeiten (Rechtskenntnisse, Erfahrung, Sprachverwendungsmöglichkeit usw.) der Parteien zu orientieren⁴⁴.

43 Siehe S. 9 N 32.

44 Dabei kann nun in diesem Rahmen die Tatsache einer rechtskundigen Vertretung Berücksichtigung finden (vgl. S. 26 N 92), indem z.B. der Hinweis auf das Fehlen der Darlegung der konkreten Umstände einer Mängelrüge völlig ausreicht, wohingegen die Informationsvermittlung gegenüber einer rechtsunkundigen Partei weitergehend ausfallen muss (z.B. durch den Hinweis, die Mängelrüge sei nicht dargelegt worden, die Umstände einer Mängelrüge müssten nach Zeitpunkt, Form und Inhalt dargelegt werden).

Frank, a.a.O., S. 251 "Den Nachteilen der unter rechtssuchenden Laien weitverbreiteten Auffassung, dass auch in Zivilsachen ein eigentliches Untersuchungsverfahren stattfinde, wird übrigens der Vorschlag vermehrter Ansetzung richterlicher Fristen für die Einreichung von Rechtsschriften mit Belehrung über die Anforderungen an sie entgegenzuwirken vermögen"; Meier, a.a.O., S. 154. Dass dabei seitens des verhandlungsleitenden Richters ausreichende Rechtskenntnisse notwendig sind, erscheint augenfällig.

Ziel der Informationspflichterfüllung muss sein, die betreffende Partei in die Lage zu versetzen, die Gelegenheit zur Mangelbehebung auch in zumutbarer Weise ergreifen zu können. Sie ist auch keine Beratung⁴⁵, da sie auf einen zumindest unvollständig, unklar oder unbestimmt dargelegten Konfliktbereich beschränkt ist und den (wenn auch nur schemenhaft) erkennbaren Bereich (mittels richterlicher Anwendung der durch den Sachverhaltsbereich indizierten Norm auf den Fall resp. der durch den Anspruchsbereich indizierten Sachverhaltselemente auf die Norm) eines Sachverhaltes und oder Anspruches⁴⁶ nicht sprengen darf. Die richterliche Information bezieht sich auf die Nachvollziehbarkeit einerseits und die Aussagekräftigkeit der gesamten (sachverhalts- und anspruchsbezogenen) Parteivorbringen andererseits, jedoch nur in dem Umfange, als eine Information der betreffenden Partei für den Entscheid des Konfliktes notwendig und damit relevant ist. In diesem Sinne ist die richterliche Information der Parteien auch eine Folge der richterlichen Eigeninformationspflicht.

45 Eine Beratung umfasst alle Sachverhalts- und Anspruchsalternativen, nicht nur die sich aus den Parteivorbringen – wenn auch nur “schemenhaft” – ergebenden Wirklichkeits- und Anspruchsbereiche. Insofern stellt die materielle Verfahrenslenkung auch nicht eine “heimliche” Anwendung der Offizialmaxime oder gar der Inquisitionsmaxime dar (wobei die Gefahr, dass dies geschehen könnte, nicht völlig von der Hand gewiesen werden kann, vgl. hinten S. 45, 62; Baumgärtel, a.a.O., S. 116/17. Im Rahmen der Verfahrensleitung und -lenkung beteiligt sich der Richter nicht direkt an der Sammlung des Prozessstoffes, er ermöglicht der unverschuldet mangelhaft handelnden Prozesspartei lediglich eine mangeltreue Erfüllung ihrer prozessualen Obliegenheiten zwecks Sicherstellung einer sach- und parteiengerechten Rechtsverwirklichung. Durch eine ernsthafte Informations- und Kommunikationslenkungspflichterfüllung seitens des Richters tritt denn auch die Notwendigkeit der Einführung der Offizialmaxime aus sozialen Gründen im Bereich von Rechtsgeschäften, die der freien Verfügung der Parteien überlassen sind, in den Hintergrund (vgl. Walder, Offizialmaxime, S. 21–24). Wegleitend erscheint in diesem Zusammenhang die Regelung der mietrechtlichen Missbrauchsgesetzgebung (siehe S. 101 N 93): Einführung einer vorprozessualen Beratungspflicht der Schlichtungsstellen, Verzicht auf die Stipulierung einer Offizialmaxime im gerichtlichen Verfahren (diese Regelung hat sich in der Praxis äusserst gut bewährt, vgl. jährliche Rechenschaftsberichte des Obergerichts und des Kassationsgerichts des Kantons Zürich sowie halbjährliche statistische Angaben des Bundesamtes für Wohnungswesen).

46 Hausheer, Grundlagen und Grundfragen des Rechts, in ZBJV 108, S. 456/57 “Bezüglich dieser sich immer wiederholenden Frage scheint es – mindestens vorläufig – schliesslich doch beim vielleicht pragmatisch anmutenden Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Norm und Lebenssachverhalt (Engisch) bzw. Sollen und Sein zu bleiben”.

Müller, a.a.O., S. 182/83 “Norm und Fall sind nicht isolierte Endpunkte der Normumsetzung, sondern in deren Vorgang integral einbezogen. Es wird nicht nur die Norm auf den Fall, sondern auch dieser auf die Norm angewandt”.

Seiner Aufgabe wird der Richter nur dann gerecht, wenn er fehlende (Unvollständigkeit) oder ungenaue (Unklarheit, Unbestimmtheit) Informationsgrundlagen erkennt und das Nötige hinsichtlich der Erlangung einer für den Entscheid ausreichenden Informationsbasis vorkehrt⁴⁷. Letzteres ermöglicht nicht nur dem Richter die Streiterentscheidung, sondern kann sich auch auf eine Streiterledigung durch die Parteien selbst fördernd auswirken.

1.1 Formelle/materielle Informationspflicht

Die richterliche Informationspflicht kann in eine formelle (der formellen Verhandlungsleitung entsprechenden) und in eine materielle (der materiellen Verhandlungsleitung entsprechenden) Information unterteilt werden. Erstere betrifft allein den Gang des Prozessverfahrens (Fristansetzung, Festlegung der Verhandlungstermine, Vorladungen, usw.) und enthält grundsätzlich keine Hinweise auf die inhaltliche Ausgestaltung der betreffenden Prozesshandlung. Letzteres ist Aufgabe der materiellen richterlichen Verfahrensleitung (Beweiserhebung von Amtes wegen nach § 142 Abs. 2 ZPO, Beweisaufnahme im Säumnisverfahren gemäss § 131 Abs. 1 ZPO, richterliche Kommunikations- und Argumentationslenkung soweit sie die inhaltliche Sachverhaltsdarlegung und Antragstellung betrifft⁴⁸). Da eine materielle Verfahrensleitung grundsätzlich erst dann Platz greifen soll, wenn die Parteien ihren (durch die formelle Verfahrensleitung vorgängig angezeigten) prozessualen Obliegenheiten (unverschuldet) nicht genügen können, ist auch im Bereich der Verfahrenslenkung durch richterliche Information grundsätzlich *stufenweise* vorzugehen⁴⁹.

47 Vgl. Guldener, ZPR, S. 165; dazu auch Stellungnahme des Obergerichts zum Bericht der erweiterten Justizverwaltungskommission vom 8. Februar 1979 an den Kantonsrat betreffend ihre Untersuchung über Prozessverschleppungen und ihre Anträge auf gesetzliche Massnahmen (vom 21. Februar 1979, S. 5) "Soll der Prozess zuverlässige Urteilsgrundlagen erbringen, sowohl nach der tatsächlichen als auch nach der rechtlichen Seite, soll er weiter die Rechte der Parteien, ihre Sache vorzubringen, wahren, so braucht es Zeit und darf nicht kurzer Prozess gemacht werden".

48 Walder, ZPO, S. 213/32; dazu gehört z.B. auch der Beweisaufnahmeentscheid (vgl. Guldener, ZPR, S. 418/25; H. Althaus, Die Beweisverfügung im Zivilprozessrecht der Schweiz, Diss., 1937; O. Müller, ZBJV 91 S. 53); Wyss, a.a.O., S. 30.

49 Die Praxis trennt die formelle und materielle Verfahrensleitung nicht konsequent, wird doch z.B. bei den Fristansetzungen im schriftlichen Verfahren durchwegs auch eine (wenn auch nur summarische, dem Gesetzestext entsprechende) Information

2. Eigeninformationspflicht

Neben dem Informationsbedürfnis der Parteien hinsichtlich der mangelfreien Erfüllung ihres prozessualen Obliegenheiten, kann nun auch seitens des entscheidungsberufenen Richters ein Informationsbedürfnis entstehen. Da er einen von den Parteien vorgetragenen Konflikt nach rechtlichen Gesichtspunkten zu behandeln und zu entscheiden hat, braucht er die dazu notwendigen Entscheidungsgrundlagen. Als entscheidungsberufener Richter hat er nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, bei den Parteien darauf hinzuwirken, dass er selbst in den Besitz der ihm notwendig erscheinenden Information gelangt⁵⁰. Die richterlichen Wertungshypothesen innerhalb des von den Parteien vorgebrachten Prozessstoffes können nun durchaus von den Wertungen der Parteien abweichen. Sachverhaltselemente können auf diese Weise Bedeutung erlangen, welche für die Parteien aufgrund ihrer andersgelagerten Wertung oder zufolge fehlender Wertungsfähigkeit keine Bedeutung haben und deshalb im Rahmen der Konfliktdarlegung unbewusst vernachlässigt werden. Dadurch entsteht ein ganz spezifischer, normanwendungsbedingter Mangel (unabhängig von der sprachlichen Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit) im Bereich der Parteivorbringen. Im Gegensatz zur aktiven richterliche Informationspflicht, kann die Eigeninformationspflicht des Richters – im Rahmen deren Erfüllung den Parteien ebenfalls eine zumutbare Gelegenheit zur Mangelbehebung einzuräumen ist – nicht von der Rechtskunde der einzelnen Prozesspartei abhängig sein. Sie besteht sowohl gegenüber rechtsunkundigen, wie auch rechtskundigen oder rechtskundig vertretenen Parteien⁵¹.

über den notwendigen Inhalt der Rechtschrift vermittelt (vgl. Mustersammlung zum zürcherischen Zivil- und Strafprozess, herausgegeben von den Gerichtsschreibern der zürcherischen Bezirksgerichte, Bd. 1, Ziff. 6). Zur formellen Verfahrensleitung gehört beispielsweise auch die Information bezüglich der Säumnisfolgen, vgl. Hauser/Hauser, GVG, S. 739–746, § 196 (neu) GVG.

50 Guldener, ZPR, S. 165/66; Sträuli/Messmer, ZPO, N 8 zu § 55 ZPO.

51 Guldener, ZPR, S. 156 N 9; Sträuli/Messmer, ZPO, N 8 zu § 55 ZPO “Durch Befragung der Parteien ist der Rechtsstreit nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht abzuklären”, N 3 zu § 56 “Der Gehörsanspruch ist ferner verletzt, wenn das Gericht die Parteien nicht zu einer Stellungnahme veranlasst, falls es von einer ständig geübten Praxis abgeht (ZR 44 Nr. 129) oder den Prozess gestützt auf einen von keiner Partei angerufenen Rechtsgrund entscheiden will (ZR 54 Nr. 10)”.

3. Gefahren der prozessualen richterlichen Information?

Die in diesem Zusammenhang immer wieder bemühten Argumente, es gehe nicht an, dass der Richter vor der Urteilsfällung den Parteien Hinweise auf seine Rechtsauffassung vermittele und diese alsdann solche Erkenntnisse noch während des Hauptverfahrens ausnützen könnten, oder, es bestehe die Gefahr der Bevorzugung der einen Prozesspartei und der Lockerung bewährter Prozessvorschriften usw., treffen den Kern der Sache nicht. Jedes korrekte und verständige Bestreben des Richters der materiellen Wahrheit näher zu kommen, kann nicht als unvereinbar mit seiner Stellung oder derjenigen der Parteien im Rahmen der Rechtsverwirklichung auf dem Wege des Zivilprozesses erachtet werden. Durch die Bestrebungen hinsichtlich der Findung einer, der materiellen Wahrheit möglichst nahe kommenden Prozessgrundlage wird weder der einen noch der anderen Partei etwas zugeschanzt, worauf sie keinen Anspruch hat. So stellt R. Levi⁵² zutreffend fest: "Wohl trifft es bei rein äusserlicher Betrachtung zu, dass der Zivilrichter zur Entscheidung von Streitigkeiten durch Richterspruch, also durch Urteil, bestellt ist. Geht man indessen den Dingen etwas tiefer auf den Grund, so wird man Sinn und Notwendigkeit des Richteramtes eher darin erkennen, die gestörte Friedensordnung zwischen einzelnen Angehörigen eines bestimmten Rechtskreises wieder herzustellen".

Eine prozessuale richterliche Information der Parteien verstösst solange nicht gegen die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime, als sie sich innerhalb des von den Prozessparteien abgesteckten Konfliktsbereichs bewegt und diesen Rahmen nicht sprengt.

D. ARGUMENTATIONSFÖRDERUNGS-/ ARGUMENTATIONSLENKUNGSPFLICHT

1. Das Reden im Zivilprozessverfahren als situationsspezifische Sprachverwendung

Jedes Reden, Sprechen ist in gewissem Sinne von der konkreten Sprechsituation abhängig, jede Sprechsituation erfordert eine ganz

⁵² Vgl. a.a.O., S. 256; P. Loosli, a.a.O., s. 74 ff.

spezifische Sprachverwendung⁵³: am Stammtisch spricht derselbe Sprechende anders als an seinem Arbeitsort, anders als beim Zahnarzt, wieder anders als in der Familie, ebenso spricht er anders vor Gericht. So wie die Stammtischrunde eine "andere" Sprache spricht, sprechen Gerichtsjuristen in der Gerichtsverhandlung eine "eigene Sprache"⁵⁴. Der Aussenseiter, der sich an eine Stammtischrunde verirrt, wird mit Verständigungsproblemen konfrontiert, wie der Nichtjurist, der sich in der Prozesssituation zu äussern hat; dies obwohl "eigentlich" äusserlich gesehen, alle Beteiligten "dieselbe" Sprache sprechen. Selbst wenn die Gesprächspartner den Aussenseiter mithören und mitreden lassen, wird dieser z.T. Mühe haben, die Gespräche zu verstehen und sich den Gesprächspartnern verständlich zu machen. In einer vergleichbaren Situation befindet sich der Nichtjurist im Prozessverfahren. Er wird immer dann und in dem Masse zum Aussenseiter, als er situationsspezifische Gesprächsteile nicht verstehen kann und nicht imstande ist, sich entsprechend verständlich zu machen. Die situationspezifische Problematik ergibt sich im Bereich des Zivilprozesses in zweifacher Hinsicht: die angestrebte Rechtsverwirklichung erfolgt nur innerhalb des von den Parteien mittels ihrer Sprachverwendungsmöglichkeiten abgesteckten Rahmens (der Konflikt wird durch die Sprachverwendung der Konfliktsbeteiligten gleichsam "produziert" und erhält erst und nur durch die sprachliche Artikulation Existenz im Prozess⁵⁵); die Aussagekraft, die Relevanz der Sprachverwendung ergibt sich nicht nur aufgrund der allgemeinsprachlichen Nachvollzieh-

53. Davon zeugt bereits die Tatsache, dass das Reden in verschiedenen Situationen zum Gegenstand verschiedener Untersuchungen gemacht werden kann, so z.B. Hildegard Gauger, *die Kunst der politischen Rede in England*, Tübingen 1952; Fritz Gratewohl, *Fibel für den Redner im Betrieb*, Darmstadt 1955; J. H. C. Hartwig, *Trinksprüche und Reden zu allen Familiefestlichkeiten und Feiern*, Bonn o. Jg.; Hans Jung, *Handbuch der kommunalen Redepraxis*, Stuttgart 1966; Juretzky Schunemann, *Grundlagen der Befehlstechnik*, Hamburg 1966; Dieter Kellermann, *Damenreden*, Wiesbaden 1964; Heinrich Lausberg, *Handbuch der literarischen Rhetorik*, München 1960; H.H. Pauly, *rednerische Erziehung in der Schulbildung, in Pädagogische Provinz*, Jg. 5 Heft 1 S. 18–26; Helmuth Schreiner, in *Verkündigung des Wortes Gottes*, Schwerin 1938; Th. Siebs, *Deutsche Hochsprache – Bühnensprache*, 16. Aufl., Köln 1957; H. Elertsen, *moderne Rhetorik, Rede und Gespräch in der Wirtschaft und im öffentlichen Leben*, 6. Aufl., Hamburg 1972; Hans Mayer, *Rhetorik und Propaganda, in zur deutschen Literatur der Zeit*, Reinbek 1967; Herbert Biehle, *Werberhetorik*, Essen 1957; Ernst Hafer, *Juristensprache. Gesetzessprache*, in *SJZ* 44 S. 249 ff.; usw.

54. Haft, a.a.O., S. 57 formuliert rhetorisch überspitzt: "Die Rechtssprache ist elitär; sie verzichtet auf jede Verständlichkeit".

55. § 54 ZPO.

barkeit, sondern – in noch stärkerem Masse – aufgrund einer spezifischen, juristischen Betrachtungsweise⁵⁶.

In diesem Sinne tritt in der Zivilprozesssituation neben die „Allgemeinsprache“ (wobei es sich auch hier nicht um einen klar abgrenzbaren Begriff handelt) eine „Rechtssprache“ oder „Juristensprache“. Da letztere situationsbedingt vorrangige Bedeutung erlangt, erfordert das „richtige“ und „gute“ (damit aber auch das klare und bestimmte) Reden⁵⁷ eine situationsadäquate Sprachverwendung. Diese sicherzustellen wird in jeder ziel- und zweckgerichteten Kommunikation (damit auch im Zivilprozessverfahren) zur absoluten Notwendigkeit.

Im Rahmen der Konflikterledigung und Rechtsverwirklichung auf dem Wege des Zivilprozesses muss dem Spannungsverhältnis zwischen Recht – Sprache – Wirklichkeit⁵⁸ Rechnung getragen werden. Diese Aufgabenerfüllung muss in weitgehendem Masse dem Richter als situationsdominanten Prozessbeteiligten auferlegt werden. Sie stellt einen Ausfluss des Grundsatzes „iura novit curia“ dar. Die ausschliesslich dem Richter obliegende Rechtsanwendung (die ihrerseits geprägt ist durch eine sprachliche Normdarstellung und eine „Normwirklich-

56 Siehe S. 11 ff.; Fleiner, a.a.O., S. 185 „Das Gesetz sagt, welche Prioritäten er (der Richter) bei der Betrachtung der Wirklichkeit zu setzen hat. Das Gesetz bestimmt, was bei einem Geschehnis oder einem Sachverhalt einschlägig ist und was nicht. Der Blick des Richters wandert eben vom Tatbestand zum Gesetz und wieder zurück zum Tatbestand“.

57 Vgl. zur klassischen Rhetorik Aristoteles: Rhetorik, Deutsch von F.G. Sieveke, München 1973; M.L. Clarke, die Rhetorik bei den Römern, Göttingen 1968; A. Damaschke, Geschichte der Redekunst, Jena 1921; R. Volkmann, die Rhetorik der Griechen und Römer in systematischer Übersicht, Hildesheim 1963; Schlüter, a.a.O., S. 22 „Rhetorik ist Praxis und Theorie der auf Wirkung bedachten Rede“; Haft, a.a.O., S. 20 „Die Chance der Rhetorik liegt darin, diesen elementaren Grundtatbestand jeder sprachlichen Verständigung über kontroverse Themen aufzudecken. Die antike Rhetorik hat diesen Aspekt übertrieben. Heute findet er zuwenig Beachtung. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Deshalb geht es heute nicht darum, eine grundsätzlich andere, neue Rhetorik zu entwickeln, sondern darum, verschüttete Einsichten wieder freizulegen, Auswüchse zu beseitigen und auf dem so gewonnenen Fundament weiterzubauen“.

58 Fleiner, a.a.O., S. 187 ff.; diese Problematik lässt sich nicht einfach durch den logischen Subsumtionsvorgang lösen, vgl. Hinderling, a.a.O., S. 100 „Der Glaube an einen rein logischen Vorgang der Subsumtion des strittigen Falles unter den methodisch erkannten „objektiven“ Gesetzessinn ist irrig“.

Hoffmann-Riem, Nachwort zum Referat von Schütze, a.a.O., S. 105 „Die Fähigkeit zum Einsatz alltagsweltlicher Kommunikationspraktiken im Rahmen organisatorisch-institutioneller Verfahren will gelernt sein! Zu gross ist die Versuchung, die rechtlich abgesicherte Dominanz in Formen verfahrensschädlicher Herrschaft umzumünzen“; Baumgärtel, a.a.O., S. 114–118.

keit“) setzt eine vollständige, klare und bestimmte sprachliche Konfliktdarlegung und eine entsprechende Konfliktswirklichkeit voraus. Die notwendige Entscheidungsbasis von den Prozessparteien zu erhalten und in dieser Richtung aktiv tätig zu werden stellt für den Richter eine Folge seiner Rechtsanwendungspflicht dar.

2. Verständlichkeit der Parteivorbringen als Voraussetzung einer sprachlichen Verständigung

Bezeichnet § 55 ZPO ein unklares oder unbestimmtes Parteivorbringen sowohl im Sachverhaltsbereich als auch im Anspruchs- und Antragsbereich⁵⁹ als Mangel, dessen Behebung durch die Parteien der Richter insbesondere durch richterliche Befragung zu ermöglichen hat, weist dies zunächst auf das Problem der Verständlichkeit der Parteivorbringen hin. Ein solches erscheint erst dann klar und bestimmt, wenn der entscheidungsberufene Richter (aber auch die Gegenpartei im Rahmen ihrer kontradiktorischen Äusserungsobliegenheit) versteht, was eine Prozesspartei “sagen will” (eine Äusserung ist nicht an sich, sondern immer nur für “jemanden” klar verständlich). Das Verständlichkeitsproblem ergibt sich aufgrund der nicht vollkommenen Tauglichkeit der Sprache, Wirklichkeit und Wollen umfassend eindeutig wiederzugeben⁶⁰, der unterschiedlichen Fähigkeiten der Parteien, sich dieser nicht vollkommenen Sprache zu bedienen und schliesslich aufgrund der Verschiedenartigkeit von “Alltagssprache”⁶¹ und “Rechts- oder Juristensprache”⁶². Erst der aufgrund der Verständlichkeit er-

59 Siehe S. 40 N 41, S. 11 N 37. Zur Auslegung eines “klaren” Wortlautes einer Rechtsnorm vgl. Hinderling, a.a.O., S. 106 “Die Antwort hängt davon ab, von wo her sich die ‘Klarheit’ des Wortlautes bestimmt. Das ist aber im Grunde die Frage nach der Methode des Verstehens”; das gilt sinngemäss aber auch hinsichtlich der Auslegung von Parteivorbringen, sowohl bezüglich der monologischen als auch dialogischen Elemente (vgl. S.).

60 Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bd. I, Einleitung, S. 119 20 N 132–134; Oftinger, Überblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation, SJZ 63 S. 353, 359.

61 Auch die “Alltagssprache” oder “Allgemeinsprache” ist in verschiedener Hinsicht durch soziale Umstände geprägt (z.B. kann das gleiche Wort “Schuss” je nach situationsmässiger Verwendung “Abfeuern eines Geschosses”, “Schnelligkeit, Raschheit”, im kulinarischen Bereich “Beigabe” und in der Drogenszene “Einspritzen von Rauschgift” usw. bedeuten; vgl. S. 12 N 41).

62 Die Verschiedenartigkeit kann bis zur völligen Unverständlichkeit im allgemeinen sprachlichen Bereich gehen, z.B. “Schirmlade”, “Tretrechte”, “Vor- und Nachschusspflicht”, “Lidlohn”, “Gült”, “Zuchtbuchstute”, “Vierverstellung”, “Reckweg”, “Feilträger” usw.

reichbare Bedeutungskonsens (als Erscheinungsform des vorn beschriebenen prozessualen Grundkonsenses⁶³) unter miteinander Sprechenden hinsichtlich der verwendeten Worte und Sätze ermöglicht überhaupt eine grundlegende sprachliche Verständigung, die ihrerseits notwendige Grundlage für eine argumentative Problembehandlung darstellt. Da das Recht in einer spezifischen Rechtssprache in Erscheinung tritt, der (nicht rechtskundige) Rechtssuchende aber die der Rechtssprache nicht entsprechende Alltagssprache verwendet und verwenden muss⁶⁴, wird der Richter angesichts seiner Mangelbehebungspflicht nach § 55 ZPO zum Dolmetscher, Vermittler zwischen Rechtssprache und Alltagssprache, zum "Brückenbauer" zwischen Recht und Wirklichkeit⁶⁵.

Darin kommt gleichzeitig zum Ausdruck, dass der Richter eben nicht "sein" Recht auf "seinen" Fall (und umgekehrt) anwendet, sondern das ihm (als richtungsweisendes Hilfsmittel⁶⁶) zur Verfügung

63 Siehe S. 34; B. Russel, zit. in Horst Geckeler, strukturelle Semantik und Wortfeldtheorie, S. 65 "A word has a meaning, more or less weak; but the meaning is only to be discovered by observing its use; the use comes first, and the meaning is distort out of it".

64 Dem Rechtssuchenden obliegt es in der Prozesssituation sich zu äussern (§ 54 ZPO in Verbindung mit § 114 ZPO), dies kann er aber nur mit seinen Sprachverwendungsmöglichkeiten tun.

Fleiner, a.a.O., S. 187 "Die Sprache ist die Brücke, die das Recht mit der Wirklichkeit verbindet", wobei hier der Begriff "Sprache" wohl nur als Sammelbegriff für alle Sprachverwendungsmöglichkeiten und -arten stehen kann und in der Zivilprozesssituation sowohl Rechtssprache als auch Allgemeinsprachen umfasst.

65 Wenn nun Levi, a.a.O., S. 256 rechte Spalte zu Recht erwähnt, "Oberster Grundsatz des Richters muss sein, sein Wissen und Urteilsvermögen in den Dienst der Parteien zu stellen", hat dies in jeder Hinsicht zu gelten, also sowohl im sprachlichen Verständlichkeits- und Verständigungsbereich als auch im materiellen Verständigungsbereich eines Konfliktlösungsvorganges auf dem Wege des Zivilprozesses; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bd. I S. 60 N 138 "Volkstümlichkeit kann auch das von der Wissenschaft oder vom Richter gefundene Recht erlangen, aber es verdankt sie dann gerade nicht dem Gesetz". So bezeichnet z.B. Wyss, a.a.O., S. 70 das mündliche ord. Verfahren vor dem Einzelrichter als "volkstümlichen Zivilprozess".

66 Haft, a.a.O., S. 9/10 "Das Gesetz ist aber, technisch gesehen, nur ein Hilfsmittel des Juristen, und ein fragwürdiges obendrein. ... In der Sache selbst leistet das Gesetz zur Lösung der eigentlichen Aufgabe des Juristen – der Ordnung und Entscheidung der sozialen Konflikte, welche die Menschen bedrängen – nur einen beschränkten Beitrag. ... Beinahe täglich wird dabei die Unvollkommenheit des Gesetzes neu entdeckt, ..." Nicht nur für den Richter, sondern auch für die einzelne Partei soll der Rechtsnorm diese Funktion zukommen: vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bd. I, S. 58 N 131 "Der Laie, viel mehr als der Jurist, will das Gesetz beim Wort nehmen können".

gestellte Recht auf einen ihm grundsätzlich "fremden" Wirklichkeitsbereich (und umgekehrt). Dieser Vorgang bedarf eines primären subjektiven Verstehens der und einer darauf gründenden objektivierten sprachlichen Verständigung mit den Parteien einerseits und den anzuwendenden Rechtsnormen andererseits. Nur aufgrund dieser vermittelnden Tätigkeit wird ein Parteivorbringen (im Sachverhalts- und Antragsbereich) im Sinne der Verfahrensbestimmungen klar und bestimmt und für die Fallentscheidung aussagekräftig und verwendbar.

Im Hinblick auf die grundlegende Funktion des Zivilprozesses (Konfliktserledigung im weitesten Sinne) hat sich die Vermittlertätigkeit des Richters im sprachlichen Verständlichkeits- und Verständigungsbe- reich sowohl auf die Ebene Richter – Partei als auch diejenige der Prozessparteien zu beziehen. Sie soll nicht nur dem Richter, sondern auch den Konfliktparteien selbst eine verlässliche Meinungsbildung ermöglichen.

3. Prozessuale Sprachverwendung als Auslegungsproblem

Ob eine konkrete prozessuale Sprachverwendung im Sinne der Verfahrensvorschriften klar und bestimmt ist, kann nur durch Auslegung der artikulierten Parteivorbringen (dazu gehören auch mimische und gestische Darstellungsmittel) entschieden werden (dies trifft auch auf die Vollständigkeit der Parteivorbringen im Rahmen der prozessualen Kommunikation zu). Auslegung ist (selbst wenn dabei verschiedenen Methoden gefolgt wird⁶⁷) immer auch Wertung. Letztere wiederum ist Schlussfolgerung aus – aufgrund des Auslegungsgegenstandes – gewonnener Überzeugung (oder Überredung). So wie Rechtsnormen bei der konkreten Auslegung ein Wirkungseffekt zukommt (stärkere oder

67 Zur Auslegung von Rechtsnormen vgl. Meyer-Hayoz, Berner Kommentar, Bd. I, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, S. 119 ff; Ott, Zur Frage der Rangordnung unter den Auslegungsargumenten, ZSR NF 92 I. Halbband, S. 247 ff und dort zit. Lit.: Zach, Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR NF 96 I. Halbband, S. 313 ff; Deschenaux, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, der Einleitungstitel, S. 73 ff; Hinderling, a.a.O., S. 102 ff (zur Auslegungslehre von Emilio Betti, S. 32-54), insbesondere S. 148 "Schon die Entscheidung, der Wortlaut sei so eindeutig, dass er keiner Auslegung bedurfe, ist ihrerseits Resultat einer Auslegung." Zu den sog. "implizite Sachvorbringen" vgl. Ott, Methode der Rechtsanwendung, S. 17/18 und dort zit. Lit.; zur Sachverhaltsbeurteilung vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 268 ff.

schwächere Überzeugungskraft), kommt der konkreten sprachlichen Ausgestaltung der Parteivorbringen im Hinblick auf deren Auslegung ebenfalls ein Wirkungseffekt zu, sie tragen mehr oder weniger Überzeugungskraft. Das Wirkungselement der Sprachverwendung erhält dort massgebliche Bedeutung, wo nicht der reinen Informationsvermittlung allein überzeugungsbildende Funktion zukommt, d.h. dort, wo ein Mehreres zur Überzeugungsbildung nötig ist oder nützlich sein kann⁶⁸.

4. Wirkung und Wirksamkeit der Sprachverwendung im Zivilprozess

Will durch die Sprachverwendung beim anderen etwas bestimmtes erreicht werden, bedarf sie der Wirksamkeit⁶⁹: es soll bewirkt werden, dass der andere (Richter, Gegenpartei) die "Sache" genau gleich "sieht", ja sehen muss und er daraus dieselben Schlüsse zieht, resp. ziehen muss. Auf diesem Wege soll das subjektiv Gewollte "erwirkt", erreicht werden. Im Rahmen der Darlegung des "Tatsächlichen eines Rechtsstreites" (Sachverhaltsbereich) kommt der Wirkung und Wirksamkeit von sprachlich artikulierten Fakten (rationale Argumentationsinhalte) ausschlaggebende Bedeutung zu. Fakten, Tatsachen, Gegenstände sind Argumentationsinhalte denen bereits "an sich", aufgrund ihrer Struktur⁷⁰, Wirksamkeit und überzeugungsbildende Wirkung zukommt. Sie stellen reine rationale Information dar und bedürfen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit innerhalb des rechtlichen Konfliktverfahrens grundsätzlich keiner weiteren "Verstärkung". Im Sachverhaltsbereich sind Parteivorbringen im Sinne der Verfahrensordnung klar und bestimmt, wenn sie sich auf die reine rationale Informations-

68 Haft, a.a.O., S. 18 " ... ein Grundthema der zeitgenössischen Sprachphilosophie welches die Überlegung betrifft, dass Sprachverwendung nicht auf Informationsvermittlung beschränkt ist, dass sie vielmehr einen Akt darstellt, durch den auch etwas geschieht, und dass man sich um diesen Akt und seine Voraussetzungen wie seine Wirkungen kümmern muss."

69 Lemmermann, a.a.O., S. 41 "es gibt im Grunde nur drei Methoden, bei anderen Menschen etwas zu erreichen: man kann sie zwingen, man kann sie überreden und man kann sie überzeugen. In der Regel ist nur das letztere legitim."

70 Fleiner, a.a.O., S. 169 "... weil die gegenständliche Wirklichkeit selber, so komplex sie ist, sich aus Gegenständen zusammensetzt, die unveränderlich sind und ihrerseits Strukturgleichheiten aufweisen."

vermittlung beschränken (durch den Einfluss von Wertungen werden sie geradezu unklar und unbestimmt)⁷¹.

Liegen unklare oder unbestimmte Parteivorbringen im Sachverhaltsbereich vor, hat sich eine Argumentationslenkung des Richters allein auf die reine Informationsvermittlung durch die Parteien zu beschränken.

Demgegenüber kommt im Rahmen der Anspruchsdarlegung der Wirkung und Wirksamkeit von sprachlich artikulierten Wertungen ausschlaggebende Bedeutung zu. Als irrationale Argumentationsinhalte erlangen Wertungen erst dann Klarheit und Bestimmtheit, wenn die Gründe und Begründung für eine bestimmte Wertung von Tatsachen und Fakten bekannt sind. Wirksamkeit und überzeugungsbildende Wirkung kommt der Wertung erst dann zu, wenn zur reinen rationalen Informationsvermittlung ein Mehreres dazukommt: neben die topische und pragmatische Sprachverwendungsform tritt damit die rhetorische Form. Im prozessualen Argumentationsbereich der Antragstellung erfordert die situationsadäquate, wirksame Sprachverwendung eine möglichst zwingende und überzeugende Übereinstimmung von Sachverhalts- und Normbereich. Fehlt im Bereich der Anspruchsformulierung die für eine Wirksamkeit notwendige normbezogene Optik (was bei der rechtsunkundigen Partei in weitem Masse zutrifft), bleibt die Wirkungsmöglichkeit auf die rhetorische Sprachverwendungsform beschränkt und nähert sich der Suggestion⁷², dem reinen Überredungsversuch⁷³. Wird eine Prozesspartei trotz Fehlens der für eine Antragsfor-

71 Ihr informativer Gehalt kann nicht mehr vergrößert werden, sie können allenfalls lediglich noch "schöner", "eindrücklicher" dargestellt werden.

Denn, über Fakten und Tatsachen lässt sich nicht argumentieren, sondern nur mit Fakten und Tatsachen; Lemmermann, a.a.O., S. 74 N 85 86 "Zur Sachlichkeit gehört ausserdem, dass ich dem Hörer klarmache, was sachliche Feststellung von Fakten und Zusammenhängen und was jeweils persönliche Meinung und Wertung ist... Schon eine alte Regel besagt, dass der Redner sich nicht nur so ausdrücken soll, dass es möglich ist, ihn zu verstehen, sondern so, dass es unmöglich ist, ihn nicht zu verstehen."

72 Schlüter, a.a.O., S. 25 "das Ziel rhetorischer Rede ist die Suggestion, ihre Stilkriterien sind die Gefälligkeit und Eindringlichkeit der Formulierung (delectare/movere)." Einschränkung muss hier festgehalten werden, dass es sich hierbei nur um ein Ziel, nicht aber das einzige handeln kann.

73 Eingeleitet etwa durch die oft verwendete Formulierung: "ich bin nicht Jurist, aber das ist doch einfach nicht zulässig"; eigenen Wahrnehmungen wird eine rein gefühlsmässige Bedeutung gegeben, "landläufige" Meinungen und Einzelbeispiele dienen als scheinbare Bewertungsgrundlage, Wirkung und Wirksamkeit verbleiben im Bereich des Spekultativen, die Sprachverwendung erhält einen "unsachlichen" Anstrich und wird vom Hörer als solche gewertet, was sich schliesslich in negativem Sinne zulasten der betreffenden Partei auswirkt; Lemmermann, a.a.O., S. 87.

mulierung notwendigen Wertungsgrundlagen mit der Androhung der Vonderhandweisung des Prozesses zu einer klaren und bestimmten Antragsstellung angehalten, wird von ihr etwas subjektiv Unzumutbares verlangt, was zur Folge hat, dass sie gezwungen ist, zur rhetorischen Überredung Zuflucht zu nehmen.⁷⁴

Die (Be)Wertung von Tatsachen und Fakten im Rahmen eines Rechtsstreites stellt Rechtsanwendung dar (Auslegung und Konkretisierung von Fakten nach ihrer rechtlichen Bedeutung, Subsumtion des Tatsächlichen eines Konfliktes unter Rechtsnormen). Die konkrete Antragsstellung ist immer das Endprodukt eines Wertungsvorganges, im rechtlichen Bereich notwendigerweise das Endprodukt rechtlicher Erwägungen. Unzutreffende oder überhaupt fehlende Rechtsausführungen sollen nun aber der betreffenden Partei im Prozess nicht schaden⁷⁵. Damit ergibt sich ein offener Widerspruch zwischen der aus der Dispositionsmaxime folgenden Begehrens- und Antragsstellungsobliegenheit der Prozessparteien und dem Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung. Nur die klare und bestimmte Begehrens- und Antragsstellung ermöglicht eine verlässliche Erkenntnis dahingehend, was der Kläger erwirken, was der Beklagte zugestehen will. Gerade sie aber ist das Endprodukt eines notwendigerweise rechtlichen Wertungsvorganges (auf ausserrechtlichen Wertungen basierende Anträge werden – fallen sie nicht zufälligerweise mit einem Normbereich zusammen – durchwegs als “wirkunglos” und nicht massgeblich behandelt), dieser Wertungsvorgang kann aber nichts anderes als Rechtsanwendung sein (er ist es nicht nur dann, wenn er vom Richter vorgenommen wird)⁷⁶. Dieser Widerspruch zeitigt nun auch in Lehre⁷⁷ und Rechtsprechung Folgen.

74 Zum Problem der “Zwangskommunikation” vgl. Schütze, Interaktion vor Gericht, in Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, Bd. 2, S. 43 – 45; derselbe, Sprache soziologisch gesehen, München 1975, Kapitel 10.16; zum unterschiedlichen Bedeutungsinhalt der “klaren und bestimmten” Sachverhaltsdarlegung und der “klaren und bestimmten” Antragsstellung vgl. hinten S. 71.

75 Sträuli/Messmer, ZPO, N 8 zu § 57 ZPO; Guldener, ZPR, S. 156; derselbe in ZSR 80 II S. 34; Leuch, ZPO BE, N 3 zu Art. 202.

76 Das zürcherische Verfahrensrecht enthält bezüglich “Rechtserörterungen” der Parteien keine ausdrückliche Bestimmung (anders z.B. Graubünden Art. 96 II ZPO “Rechtserörterungen sind ausgeschlossen”; Solothurn § 129 III ZPO “kurze Rechtserörterungen sind zulässig”; Aargau § 8 II ZPO “Das Gericht ist befugt, in besonderen Fällen die Erstattung von Rechtserörterungen vorzuschreiben”).

77 Vgl. Darstellung bei Meier, a.a.O., S. 52/53.

So wurde wohl in der zürcherischen Rechtsprechung die Schwierigkeit im Rahmen der Antragsstellung erkannt, jedoch mit verschiedenen Begründungsversuchen am Antragserfordernis mit der Mindestvoraussetzung einer "rahmenmässigen" Anspruchsbezeichnung festgehalten⁷⁸. Eine "rahmenmässige" Bezeichnung eines Anspruchs ist nun aber kein klares und bestimmtes Parteivorbringen. Da die Verfahrensordnung nicht zwischen Parteivorbringen im Sachverhalts- und Antragsbereich unterscheidet, ist auch eine "rahmenmässige" Anspruchsbezeichnung im Hinblick auf § 55 ZPO mangelhaft.

Von der Auflösung dieses Widerspruches hängt auch die Frage der richterlichen Fragepflicht und damit der Argumentationslenkung im Antragsbereich ab. Nur dann, wenn es den Parteien obliegt, klare und bestimmte Parteivorbringen auch im Antragsbereich in den Prozess einzuführen, entsteht eine entsprechende Argumentationslenkungspflicht des Richters im Falle der mangelhaften Erfüllung der diesbezüglichen prozessualen Obliegenheit (da jede richterliche Förderungs- und Lenkungspflicht eine entsprechende prozessuale Obliegenheit der Parteien voraussetzt).

Verbietet nun § 54 Abs. 2 ZPO dem Richter im Bereich des gewöhnlichen Zivilprozesses (Rechtsverhältnisse über welche die Parteien frei verfügen können) einer Partei mehr oder anderes zuzusprechen als sie selbst verlangt, noch weniger als der Gegner anerkannt hat, setzt dies notwendigerweise voraus, dass der Kläger klar und bestimmt artikuliert, was für Ansprüche er gegenüber dem Beklagten stellt und der Beklagte klar und bestimmt artikuliert, was er davon anerkennt⁷⁹.

78 So betont das Obergericht in ZR 42 Nr. 58 S. 198 linke Spalte einerseits: "Weder das Bundesrecht noch das kantonale Prozessrecht (welches letzteres die eigentliche *sedes materiae* wäre) enthält eine Bestimmung des Inhaltes, bei Forderungsklagen sei die Forderung im Klagebegehren genau zu beziffern und es sei diese Bezifferung eine Prozessvoraussetzung, deren Fehlen die Anhandnahme der Klage hindere", das Kassationsgericht in ZR 61 Nr. 84 andererseits: "Von der Pflicht zur genauen Bezifferung bei Anhangigmachung der Klage ist der Kläger nur und in dem Ausmasse befreit, als durch diese prozessuale Fessel die Verwirklichung des geltend gemachten materiellen Rechtsanspruches beeinträchtigt und – wenn dieser Anspruch dem Bundesprivatrecht angehört – Bundesrecht verletzt wurde. Liegt dieser Ausnahmefall ... vor, so ist wenigstens eine rahmenmässige Bezifferung im Verlaufe des Prozesses, sobald das Hindernis für die Bezifferung weggefallen ist, erforderlich (zit. Lit.)". Innerhalb dieser Grenzen verletzt der einer prozessualen Notwendigkeit entsprechende Bezifferungszwang Bundesrecht nicht (zit. Lit.)"; vgl. auch die umfassende Zusammenstellung bei P. Loosli, a.a.O., insbesondere die Zusammenfassung auf S. 73.

79 Die Obliegenheit klare, bestimmte Vorbringen in den Prozess einzuführen muss den Kläger und den Beklagten gleichermassen treffen.

Verlangt nun der Kläger "den ihm zustehenden Schadenersatz" oder "den ihm zustehenden Lohn" oder anerkennt der Beklagte "den dem Kläger rechtlich zustehenden Schadenersatz" oder "den dem Kläger aufgrund des Gesetzes zustehenden Lohn", ist dies rechtlich gesehen wohl (durch Rechtsanwendung) *klärbar* und *bestimmbar* nicht aber sprachlich klar und bestimmt formuliert.

Aufgrund der Verfahrensordnung muss damit gefolgert werden, dass es den Prozessparteien obliegt klare und bestimmte (nicht nur "rahmenmässig" bezifferte) Rechtsbegehren und Anträge zu artikulieren. Erfüllt damit eine Partei diese Obliegenheit nicht oder nur mangelhaft, hat der Richter im Rahmen der Verfahrensleitung und -lenkung der betreffenden Partei Gelegenheit zur Mangelbehebung einzuräumen.

Die sich aus der Verfahrensordnung ergebende Obliegenheit einer klaren und bestimmten Rechtsbegehrens- und Antragsstellung hat nicht nur hinsichtlich der Verteidigungsmöglichkeit der Gegenpartei, der Urteilsdispositivfassung, Festlegung der Gerichtsgebühren und Prozessentschädigungen⁸⁰ wichtige Bedeutung, sondern auch im Hinblick auf die Streiterledigung durch die Parteien selbst im Rahmen eines Vergleichs⁸¹.

Eine ganz andere – in diesem Zusammenhang aber äusserst wichtige, hier nicht weiter zu verfolgende – Frage stellt sich bezüglich der Folgen einer (mangels Rechtskenntnissen, trotz Einräumung der Gelegenheit zur Mangelbehebung) unklar und unbestimmt bleibenden Begehrens- und Antragsstellung. Liegt das Hindernis für eine klare und bestimmte Anspruchsformulierung in einer von der betreffenden Partei nicht zu vertretenden Rechtsunkenntnis, dürfte dies – im Hinblick auf den bundesrechtlichen Rechtsverwirklichungsgrundsatz – kaum dazu führen, dass deswegen die Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung verunmöglicht wird⁸².

Muss der Beklagte "genau wissen, wogegen er sich zu verteidigen hat" (Guldener, ZPR, S. 193), wird dies auch durch eine "rahmenmässige" Bezifferung nicht gewährleistet.

80 ZR 42 Nr. 58 S. 201 linke Spalte, ZR 61 Nr. 84 S. 223 rechte Spalte.

81 Ermöglicht wohl eine "rahmenmässige" Anspruchsbezifferung die Führung von Vergleichsgesprächen, erfordert der Vergleichsabschluss eine klare, bestimmte Anspruchsbezifferung.

82 Das zürcherische Verfahrensrecht (§ 61 Abs. 2 ZPO) ermöglicht eine richterliche Anspruchsbezifferung (Guldener, ZPR, S. 193 Ziff. II.2) kaum; Troller, a.a.O., S. 79 N 7 "Wenn nun der Richter, was allgemein anerkannt ist, die rechtliche Würdigung selbständig vornehmen muss, dann soll er auch in der Schlussfolgerung nicht eingeschränkt sein"; P. Loosli, a.a.O., S. 73; Wyss, a.a.O., S. 43; Meier, a.a.O., S. 52/53.

Gerade diese Überlegungen zeigen jedoch die eminente Bedeutung der richterlichen Information und Kommunikationslenkung. Sie bilden sowohl im Antrags- wie auch Sachverhaltsbereich eine unabdingbare Garantie für eine sach- und parteiengerechte Rechtsverwirklichung.

5. Ausgestaltung und Grenzen der richterlichen Argumentationsförderung und -lenkung

Die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime auferlegt die Obliegenheit zur aktiven materiellen Verfahrensgestaltung primär den Prozessparteien⁸³. Das Handeln des Richters im Rahmen des Zivilprozessverfahrens ist deshalb reaktiv. Es setzt durchwegs ein aktives Handeln (oder ein Unterlassen einer notwendigen Prozesshandlung) der Parteien voraus⁸⁴. Nur ein als mangelhaft (unvollständig, unklar, unbestimmt) qualifiziertes *sachrelevantes* prozessuales Handeln einer Partei löst eine richterliche Reaktion aus (bzw. muss eine solche Reaktion auch auslösen). Dem richterlichen reaktiven Handeln im Prozessverfahren ist ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die interpretationsbedürftigen Rechtsgrundsätze (z.B. Treu und Glauben, Persönlichkeitsschutz) und Prozessmaximen (z.B. Verhandlungs- und Dispositionsmaxime, Prozessbeschleunigungsgrundsatz) stellen lediglich einen Orientierungsrahmen für das richterliche Handlungsermessen dar. Wie die richterliche Streitentscheidung nur unter Beachtung des Sachverhalts- und Normbereichs erfolgen kann⁸⁵, hat die richterliche Verfahrensleitung und -lenkung sowohl den artikulierten Konfliktsbereich als auch den Verfahrensnormbereich zu berücksichtigen (im Verfahrensrahmen wandert damit der Blick vom artikulierten Konfliktsbereich zum Verfahrensnormbereich und wieder zurück zum Konfliktsbereich). Die aktivitätsverpflichtete Prozesspartei hat damit den Verfahrensgang

83 Siehe S. 8 N 25, S. 20 N 71; ein Konflikt erhält im Prozessverfahren nur insoweit Existenz, als er mittels vollständiger, klarer und bestimmter Sprachverwendung durch die Parteien selbst artikuliert wird.

84 Das "problemlose" Handlungsschema: Parteihandlung – formelle richterliche Verfahrensleitung – Parteihandlung – formelle richterliche Verfahrensleitung usw.; das "problembehaftete" Handlungsschema: Parteihandlung (mangelhaft) – materielle richterliche Verfahrensleitung – Parteihandlung – formelle richterliche Verfahrensleitung – Parteihandlung (mangelhaft) – materielle richterliche Verfahrensleitung usw.

85 Siehe S. 42 N 46, S. 47 N 56.

nicht nur nachzuvollziehen, sondern aktiv mit den ihr zur Verfügung stehenden Äusserungsmitteln gestalten zu können⁸⁶. Dies bedeutet aber für den verfahrensleitenden Richter nichts anderes, als dass er die Kommunikationsfreiheit⁸⁷ der Prozessparteien zu respektieren und alles zu unterlassen hat, was der freien Entfaltung der sprachlichen Parteiaktivität hinderlich sein kann⁸⁸. Die Kommunikations- und Argumentationsförderungs- und -lenkungspflicht sowie die Informationspflicht auferlegen ihm vielmehr, die freie Entfaltung der Parteiaktivität zu fördern und zu erleichtern⁸⁹.

Angesichts der zueinander in einem äusserlichen Widerspruch stehenden Rechts- und Verfahrensgrundsätze (Rechtsverwirklichung -Dispositionsmaxime, Gehörsanspruch – Prozessbeschleunigung usw.) wird die Verfahrensleitung und -lenkung des Richters zu einer eigentlichen Gratwanderung. Im Rahmen deren konkreten Ausgestaltung ist jedoch dem Umstand immer Rechnung zu tragen, dass Prozessmaximen als Ordnungsprinzipien immer dann zurückzutreten haben, wenn sie die Rechtsverwirklichung verhindern⁹⁰; innerhalb konkurrierender Verfahrensgrundsätze hat diejenige Verfahrensnorm zurückzutreten,

86 Dies ergibt sich bereits aus dem aus Art. 4 BV abgeleiteten Gehörsanspruch vgl. S. 28 N 6; P. Loosli, a.a.O., S. 85/86 und dort zit. Lit.; der Mindestumfang der aus dieser bundesrechtlichen Norm fließenden Mitwirkungs- und Gestaltungsrechte der Prozessparteien kann durch kantonales Prozessrecht nicht tangiert werden (somit kann § 56 Abs. 1 ZPO, wonach die Parteien "nach Massgabe des Gesetzes Anspruch auf rechtliches Gehör" haben, in diesem Sinne keine einschränkende Wirkung zukommen).

87 Siehe S. 2.

88 Z.B. den Parteivortrag unterbrechen oder gar abubrechen, Ungeduld zum Ausdruck zu bringen, die Parteien zu verunsichern, eine für die Parteien nicht verständliche Sprache zu verwenden usw.

89 Z.B. durch Erläuterung des Verfahrensganges, durch Belehrung über rechtliche Fragen, durch Hinweis auf Klageänderungsmöglichkeiten (vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 13 zu § 61 ZPO), auf Unvollständigkeit, Unklarheit oder Unbestimmtheit des Parteivorbringens. Walder, *Offizialmaxime*, S. 6 "Beides jedoch – Rechtsanwendung von Amtes wegen und richterliche Prozessleitung – sind Grundsätze, die für alle Prozesse gleichermaßen Geltung haben. Sie bedeuten indessen nicht, dass die Einwirkung der Parteien auf die Rechtsfindung – im materiellen wie im prozessualen Bereich – von untergeordneter Bedeutung wären. Vielmehr verlangt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (vielleicht der wichtigste Verfahrensgrundsatz überhaupt), dass die bezüglichen Äusserungen der Parteien ... ernsthaft berücksichtigt werden."

90 Zur Bedeutung von Prozessmaximen als Ordnungsprinzipien vgl. P. Loosli, a.a.O., S. 77 und dort zit. Lit.; Meier-Hayoz, *Berner Kommentar*, Bd. I, S. 107 N 72; Guldener, *ZPR*, S. 52/53" Als besonderer Gesichtspunkt fällt in Betracht, dass das Prozessrecht Verwirklichung des materiellen Rechts zum Ziele hat. Im Zweifel ist daher nicht anzunehmen, dass einer prozessualen Gesetzesvorschrift eine Bedeu-

welche in ihrer Anwendung zu einer (stärkeren) Erschwerung der Rechtsdurchsetzung führt. Solange die Prozessparteien im Rahmen des Verfahrensablaufes Gelegenheit haben die Prozessgrundlagen im Sachverhalts- und Anspruchsbereich durch ihre eigene Aktivität zu gestalten, ist hinsichtlich der Ausgestaltung der richterlichen materiellen Lenkungsmaßnahmen Zurückhaltung zu üben, letztere sollen die Parteiaktivität wohl lenken, jedoch nicht einengen. Während des Hauptverfahrens hat sich damit die Kommunikations- und Argumentationslenkung auf die Informationsvermittlung hinsichtlich Art und Umfang einer Unvollständigkeit oder Unbestimmtheit der einzelnen Parteivorbringen verbunden mit einer offenen, d.h. nicht einengend wirkenden Aufforderung oder Anweisung zu beschränken. Eine weitergehende Argumentationslenkung (z.B. durch richterliche Befragung) darf erst dann einsetzen, wenn ein Parteivorbringen nach Beendigung des Hauptverfahrens trotzdem unklar oder unbestimmt bleibt (so verwendet denn auch § 55 ZPO die Wendung "bleibt" und nicht etwa "ist"). Sie betrifft alsdann die Unklarheit oder Unbestimmtheit im Sinne der Aussagekräftigkeit eines Parteivorbringens.

5.1. Im Sachverhaltsbereich

Im Rahmen der Darstellung des eigenen Wirklichkeitsverständnisses einer Partei und der Auseinandersetzung mit demjenigen des Prozessgegners herrscht die erzählende, beschreibende Sprachverwendungsform vor. Die Verständigungsmöglichkeit im rationalen Argumentationsbereich⁹¹ eines Konfliktes ist wesentlich grösser als im irrational geprägten Anspruchsbereich. Einerseits kann die einzelne Partei zur erzählerischen, beschreibenden oder auch demonstrierenden⁹² Darstellung der einzelnen Wirklichkeitselemente die "Alltagssprache" wirksam einsetzen⁹³, andererseits stellen sich für den verfahrenslenkenden Richter hinsichtlich der Umsetzung rechtlicher, wertungsbedingter (damit dem irrationalen Bereich angehörender) Gesichtspunkte in eine

tung zukommt, die geeignet ist, die Verfolgung materieller Ansprüche übermässig zu erschweren."

Zur Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze vgl. Hinderling, a.a.O., S. 123 ff und dort zit. Lit.; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 405 ff zu Art. 1 ZGB, S. 181 f.

91 Siehe S. 8/9.

92 Z.B. durch Vorlegen von Gegenständen des Konfliktsbereichs wie zerstörte Gegenstände, Tatwerkzeuge, mangelhafte Gegenstände usw.

93 Siehe S. 51.

für die einzelne Partei verständliche Alltagsprachform keine unüberwindlichen Hindernisse. Soweit sich die Argumentationsförderung auf die Vollständigkeit der Sachverhaltsschilderung bezieht, stellt sie eine Erscheinungsform der Kommunikationsförderung dar⁹⁴. Als Argumentationsförderung im engeren Sinne bezieht sie sich darauf, den Parteien die erzählende, beschreibende und demonstrierende Sachverhaltsschilderung zu gewähren, sie auch dann reden zu lassen, wenn gewisse Darstellungsinhalte nicht sachrelevant erscheinen. Unterbrechungen (erfolgen sie seitens des Richters oder der Gegenpartei) stören die erzählerische, deskriptive Eigendynamik des Parteivortrags. Gerade auf solche Störungen reagiert die redeungewohnte und situationsunvertraute Partei äusserst empfindlich: sie gerät aus ihrem – wie auch immer gearteten – Konzept. Nur in krassen Fällen ist unterbrechend in den mündlichen Parteivortrag einzugreifen⁹⁵.

Die Argumentationslenkungsstrategie erfordert zunächst die Gewährleistung eines freien Kommunikations- und Argumentationsraumes. Erst dann, wenn die Partei ihre Sachverhaltsdarlegung in diesem Rahmen nicht genügend klar und bestimmt vorzubringen vermag, ist lenkend in die Argumentation einzugreifen. Bricht der Richter eine Sachverhaltsschilderung vor deren Beendigung ab, beraubt er die Partei der selbständigen Erfüllung ihrer prozessualen Obliegenheit und damit ihrer Mitgestaltungsrechte. Ein solches Vorgehen des Richters verletzt den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör⁹⁶.

Bleibt nach Beendigung eines Parteivortrages das Vorbringen sachverhaltsmässig unvollständig (damit gleichzeitig aber auch unklar und unbestimmt), hat zunächst die Kommunikationslenkung einzugreifen⁹⁷.

94 Siehe S. 31 ff.

95 § 131 Abs. 1 GVG erwähnt das Verbot der "Weitschweifigkeit" (und "Ungebührlichkeit") nur im Zusammenhang mit schriftlichen Eingaben, es muss aber sinngemäss auch im mündlichen Vortrag Anwendung finden; ZR 52 Nr. 210 S. 370 linke Spalte: "Von unnützer Weitschweifigkeit (§ 156 alt GVG verwendete diese Wendung ebenfalls nur bezüglich der schriftlichen Eingabe) kann doch nur dort die Rede sein, wo eine Partei sich in langatmige Ausführungen und Wiederholungen über einzelne Tat- und Rechtsfragen ergeht, nicht aber dort, wo sie ein Tatsachenmaterial vor dem Richter neu ausbreitet, dessen Vorlegung sie in guten Treuen für notwendig hält."

96 Je früher ein Parteivortrag abgebrochen und zur richterlichen Befragung – die in einem solchen Falle nicht mehr durch eine wenn auch nur schemenhafte (unvollständige, unklare oder unbestimmte) Sachverhaltsschilderung der Prozesspartei gedeckt ist – geschritten wird, desto stärker nähert sich die Verfahrenslenkung der dem Zivilprozess fremden Inquisitionsmaxime.

97 Siehe S. 33 ff.

Sie dient der vollständigen Problemabgrenzung“. Erst in einer zweiten Phase der Prozesslenkungsstrategie – eine vollständige Problemabgrenzung und – behandlung vorausgesetzt – setzt die Argumentationslenkung ein, sofern die vollständige Sachverhaltsdarlegung unklar oder unbestimmt bleibt.⁹⁹

Die Ausgestaltung der konkreten richterlichen Lenkungsmassnahmen hat sich nun nicht nur auf die allgemeinsprachliche Nachvollziehbarkeit auszurichten, sondern es sind auch im Sachverhaltsbereich normbezogene Überlegungen (Aussagekraft) einzubeziehen“. Die der Lenkungsmassnahme vorangehende Beurteilung der sachverhaltsmässigen Klarheit und Bestimmtheit widerspiegelt sich alsdann in der konkreten Lenkungsmassnahme. Dieser Vorgang stellt die Vermittler-tätigkeit des Richters zwischen Sachverhalt und Norm dar“.

Die Argumentationslenkung dient einzig der *Präzisierung*, nicht aber der Erweiterung von Argumentationsinhalten (demgegenüber kann die Kommunikationslenkung im Bereich der Vollständigkeit eines Parteivorbringens durchaus einer Erweiterung des Problembe-reichs dienen¹⁰²). Als solche zielt sie darauf ab, einerseits eine beste-hende allgemeinsprachliche Mehrdeutigkeit der Sprachverwendung¹⁰³, andererseits eine fehlende rechtliche Aussagekraft (die die allgemein-sprachliche Verständlichkeit nicht tangieren muss)¹⁰⁴ beheben zu las-sen. Durch die Wahl der Argumentationslenkungsmittel soll die Präzi-sierung im Sinne reiner rationaler Informationsvermittlung auf mög-lichst direktem Wege angestrebt werden und nicht eine neue, rein erzählerische Mangelbehebungshandlung – die ihrerseits wiederum mehrdeutig und nicht aussagekräftig sein kann – initiieren. Im Rahmen der gelenkten Mangelbehebung durch reine rationale Informationsver-

98 Siehe S. 31 ff.

99 Hinsichtlich der Verfahrenslenkungsforen siehe hinten S. 77 ff.

100 Siehe S. 11 N 38 wiedergegebenen Kassationsentscheid.

101 Siehe S. 49.

102 Siehe S. 38 N 34; der erkennbare Antragsbereich geht z.B. weiter als das dargelegte Sachverhaltsfundament, durch dessen Vervollständigung im Rahmen der Mangelbehebung werden durch die betreffende Partei weitere, neue Sachverhaltselemente in den Prozess eingeführt.

103 Z.B. “A hat das Buch von B kaum genommen“, hier ist bereits aufgrund des allgemeinsprachlichen Verständnisses unklar, ob A das Buch genommen hat, ob A das Buch nicht genommen hat oder ob ein Dritter das Buch genommen hat.

104 Z.B. “A hat dem B das Buch X gegeben“, hier ist der Vorgang der Buchübergabe als solcher allgemeinsprachlich verständlich, jedoch ist der Vorgang rechtlich nicht aussagekräftig, da nicht klar ist, ob das Buch “verkauft“, “geschenkt“, “geliehen“, “hinterlegt“ usw. worden ist.

mittlung genügt die “Allgemeinsprache” und das “allgemeine Verständnis” durchaus.

5.2. Im Antragsbereich

Weit schwieriger erweist sich eine wirksame Argumentationslenkung im Anspruchs- resp. Antragsbereich, da dieser durch irrationale, wertungsbedingte Inhalte geprägt ist¹⁰⁵. Die Verständigungsmöglichkeit zwischen der sich in diesem Bereich unklar oder unbestimmt ausdrückenden Partei und dem lenkungsverpflichteten Richter sind dann enge und unüberwindliche Schranken gesetzt, wenn der betreffenden Partei das Verständnis für rechtliche Belange fehlt. Vordergründig erscheint die “Allgemeinsprache” und das “allgemeine Verständnis” wohl ausreichend geeignet, dem Willen im Sinne des Endproduktes eines Wertungsvorganges klare und bestimmte Form und Aussagekraft zu verleihen (Bezifferung der Forderung, Nennung des herausverlangten Gegenstandes, Formulierung der verlangten aktiven Leistung, Ablehnung eines konkreten Begehrens, usw.). Eine solche oberflächliche Betrachtungsweise schenkt jedoch dem gesamten Wertungsvorgang der einer Schlussfolgerung vorausgehen muss, keinerlei Bedeutung, sie interessiert sich lediglich für die formale Eindeutigkeit und Aussagekräftigkeit der Antragsstellung, nicht aber für deren notwendige Grundlagen. In weit stärkerem Masse als im Sachverhaltsbereich kommt der Aufklärung über Art und Umfang des Argumentationsmangels, d.h. der wertungsbezogenen Grundlageninformation Bedeutung zu, soll der einzelnen Prozesspartei eine wirksame und insbesondere zumutbare Gelegenheit zur Mangelbehebung im Antragsbereich eingeräumt werden. Auch die Argumentationslenkung in diesem Bereich setzt eine vollständige – wenn auch unklare oder unbestimmte – kommunikative Anspruchsproblembehandlung voraus und dient allein der *Präzisierung*, nicht der Erweiterung des Parteivorbringens¹⁰⁶.

105 Siehe S. 10 f.

106 Siehe vorn S. 59 f; solange der Anspruchs- oder Antragsbereich nicht vollständig erkennbar ist, kann keine umfassende Präzisierung und Kontretisierung erfolgen.

E. GRENZEN DER KOMMUNIKATIONS- UND ARGUMENTATIONSLENKUNG

Liegen unvollständige, unklare oder unbestimmte Parteivorbringen (im Sachverhalts- und Antragsbereich) vor, hat der Richter nach § 55 ZPO der betreffenden Partei "Gelegenheit zur Behebung des Mangels" einzuräumen. Als mögliches Lenkungsmittel wird die Befragung ausdrücklich erwähnt¹⁰⁷. Sowohl hinsichtlich der inhaltlichen als auch sprachlichen Ausgestaltung der richterlichen Lenkungsmassnahmen bleibt innerhalb der Rechtsgrundsätze und Prozessmaximen ein breiter Ermessensspielraum offen. Dessen engere oder weitere Ausschöpfung, aber auch konkrete sprachliche Ausgestaltung ist bestimmend für den Umfang und die Wirksamkeit der materiellen Verfahrenslenkung und die dadurch gebotene Möglichkeit der Mangelbehebung durch die Parteien. Der weite Ermessensspielraum birgt jedoch auch eine Gefahr in sich: beschränken sich Wahl, Ausgestaltung und Einsatz der Verfahrenslenkungsmittel nicht konsequent auf den durch die Parteien – wenn auch nur schemenhaft – abgesteckten Sachverhalts- und Antragsbereich, kann die materielle Verfahrenslenkung zur "heimlichen" Anwendung der Officialmaxime (Mitwirkung des Richters bei der Zusammenstellung des Prozessstoffes)¹⁰⁸ oder gar der Inquisitionsmaxime¹⁰⁹ führen. Diese Gefahr kann sich primär im Bereich des auf eine Vervollständigung der Parteivorbringen (sie kann durchaus zu einer Erweiterung und Ausweitung des Sachverhalts- oder Antragsbereichs führen), sekundär aber auch im Bereich des auf eine Klärung des Parteivorbringens gerichteten richterlichen Tätigwerdens ergeben. Diese Grenze wird dann überschritten, wenn die materielle Verfahrenslenkung auf die mangelbehebungsverpflichtete Partei eingebende Wirkung ausübt, dann, wenn nicht mehr nur das Verfahren, sondern die Prozesspartei – und zwar bestimmend – "gelenkt" wird.

107 § 55 ZPO "insbesondere durch richterliche Befragung", damit sind andere Lenkungsmittel nicht ausgeschlossen.

108 Walder, Officialmaxime, S. 6 ff.

109 Haft Walder, Officialmaxime, S. 28 hinsichtlich dieser fest: "Insbesondere sollte der Anschein eines inquisitorischen Vorgehens vermieden und andererseits die Darlegung der Gründe beider Parteien im Zusammenhang und aus ihrer Sicht nicht durch die dominierende Rolle des Richters erschwert werden", muss dies für den gewöhnlichen Zivilprozess in noch stärkerem Masse gelten.

Durch die zivilprozessuale Verhandlungs- und Dispositionsmaxime erhält der von den Prozessparteien festgelegte Fallbereich (Sachverhalt und Anträge) im Rahmen der Streiterledigungsvorgänge eine gewisse "Gesetzlichkeit". Dessen durch Auslegung (aber eben nicht durch Deutung) erkennbare Grundrichtung und Grundzielsetzung erlangt dadurch für den entscheidungsberufenen Richter grundsätzlich eine ähnliche Verbindlichkeit wie der durch den Gesetzgeber festgelegte Normbereich (damit kommt dem von den Parteien artikulierten Konflikt im gewöhnlichen Zivilprozess ein ähnlicher Befehlscharakter zu wie der Norm). Ein Abweichen von dieser Grundrichtung und Grundzielsetzung durch richterliche Befragung darf nur unter denselben erschwerten Bedingungen erfolgen wie der Richter vom Normbefehl abweichen darf. Dies kann nur dort zulässig sein, wo fundamentale Rechtsgrundsätze tangiert werden (z.B. gute Sitten, Treu und Glauben, Rechtsgleichheit, Persönlichkeitsschutz)¹¹⁰.

110 Zum Befehlscharakter der Rechtsnorm, vgl. Hinderling, a.a.O., S. 139/40; zum bewussten Abweichen vom Gesetz, dort wo dieses zum "allgemeinen sittlichen Gefühl in Widerspruch steht", vgl. Reichel, Gesetz und Richterspruch, S. 140 f; so z.B. dient die Beweiserhebung von Amtes wegen gemäss § 142 Abs. 2 ZPO dem Schutz der unbeholfenen oder schlecht beratenen Partei oder zur Abwehr einer groben Irreführung des Gerichts, vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 3 zu § 142 ZPO und dort zit. Lit.

3. KAPITEL

DIE MITTEL DER MATERIELLEN VERFAHRENSLENKUNG

A. FRAGE/BEFRAGUNG

Nach § 55 ZPO stellt die "richterliche Befragung" den Hauptanwendungsfall der materiellen Verfahrenslenkung dar. Die Frage ist eine ziel- und zweckgerichtete Sprachverwendungsform¹. Im Zivilprozessverfahren ist die Ziel- und Zwecksetzung vorgegeben: die richterliche Befragung soll den Prozessparteien – innerhalb eines von diesen selbst durch die Sachverhalts- und Anspruchsartikulation abgesteckten Rahmens – "Gelegenheit zur Behebung des Mangels" geben. Die konkrete Ausgestaltung der Befragung muss damit der sich mangelhaft (unvollständig, unklar oder unbestimmt) ausdrückenden Partei eine Mangelbehebung in zumutbarer Weise ermöglichen. In dieser Grundzielsetzung unterscheidet sich die richterliche Befragung einer Zivilprozesspartei nach § 55 ZPO von anderen – ebenfalls mit der sprachlichen Frageform operierenden – prozessualen Befragungen². Im Gegensatz zu den letzteren stellt die materielle Verfahrenslenkung des Richters durch das Mittel der Befragung kein Untersuchungs- oder Ermittlungsverfahren zur Eruiierung der vollen materiellen Wahrheit dar³.

Die richterliche Verfahrenslenkung dient lediglich der Herstellung (Produktion) einer nachvollziehbaren (Vollständigkeit) und aussagekräftigen (Klarheit und Bestimmtheit) formalen Wirklichkeit und Schlussfolgerung durch die Konfliktsbeteiligten selbst (die durchaus

1 Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess unter Berücksichtigung des Zivilprozesses, S. 289 "Das erheischt, dass die Fragen und Antworten ... auf wirkliche Tatsachen ausgerichtet werden".

2 So z.B. innerhalb des Zivilprozessverfahrens: persönliche Befragung (§ 149 ZPO), Beweisaussage (§ 150 ZPO), Zeugenbefragung (§ 157 ff ZPO) oder im Strafprozess: Verhör mit dem Angeschuldigten (§ 150 ff StPO), Befragung des Angeklagten zur Person und zur Sache (§ 178a StPO).

3 Hauser, a.a.O., S. 23

der materiellen Wirklichkeit und Wahrheit nicht gleichkommen muss.)⁴.

Die gegenseitige informationsmässige Abhängigkeit aller Prozessbeteiligten vereinigt diese zu einer eigentlichen Informationsgemeinschaft im Rahmen der Herstellung einer prozessualen Wirklichkeit. Deshalb ergeben sich situationsspezifische wechselseitige Informationsbedürfnisse⁵.

Die Frage entspringt einem Informationsbedürfnis des Fragenden und ist ausgerichtet auf die Erzielung einer diesem Bedürfnis entsprechenden Information seitens des Adressaten (durch Fragebeantwortung)⁶. Die Fragestellung beinhaltet bereits an sich eine Informationsvermittlung: das Bestehen eines bestimmten Informationsbedürfnisses beim Fragenden, das Bestehen eines bereits durch die Fragestellung abgegrenzten Verständigungsproblems. Je nach Ausgestaltung kann der Frage eine weitergehende Informationsvermittlungsfunktion zukommen⁷: hinsichtlich Art und Umfang des Informationsbedürfnisses und der Erwartungshaltung hinsichtlich der Fragebeantwortung. Damit zeichnet sich die Frage durch ihren informativen Gehalt aus. Informativ hat auch die richterliche Frage zu sein, da die das Informationsbedürfnis des entscheidungsberufenen Richters nicht erfüllende Partei durch die Fragestellung Gelegenheit erhalten muss, den Mangel zu beheben⁸.

Jede im Zivilprozessverfahren geäusserte Frage (erfolge sie nun seitens des Richters oder der Gegenpartei) ist damit situationsbedingt von einem bestimmten Informationsbedürfnis einerseits und von einer bestimmten zielgerichteten Erwartungshaltung beim Fragenden ande-

4 Siehe S. 19, 21, 47; dabei ist gleichzeitig festzuhalten, dass das Wahrheitsprinzip auch in der zivilprozessualen Wirklichkeitsproduktion nicht etwa bedeutungslos wäre, wird dessen Befolgung doch in § 50 ZPO den Parteien auferlegt und eine offensichtliche Irreführung des Gerichts nicht einfach hingenommen (vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 3 zu § 142 ZPO). Anschaulich ist die Umschreibung des vielfach verwendeten Begriffs der "formalen Wahrheit" durch Jolidon, a.a.O., S. 198/99 "Il suffit d'une certitude probable, c'est-à-dire celle, qui approche le plus souvent de la vérité... Il s'agit d'une vérité 'legale' juridique; d'une vérité approximative; d'une vérité pratique, en un mot d'une vérité accessible et efficace dans son ordre et à son niveau, mais qui ne doit pas avoir d'autre prétention."

5 Nicht nur dem Richter, sondern auch den Parteien untereinander steht ein Fragerecht zu; Hauser, a.a.O., S. 284.

6 So z.B. als Folge der (passiven) Eigeninformationspflicht des Richters, vgl. S. 4, 44.

7 So z.B. als Folge der (aktiven) Informationspflicht des Richters gegenüber den Parteien, vgl. S. 41 ff.

8 Siehe S. 41/42.

rerseits geprägt. Diese subjektive Grundhaltung schlägt – bewusst oder unbewusst – auf die inhaltliche und sprachliche Ausgestaltung der konkreten Frage durch⁹. Je stärker und wirksamer sie diese prägt, je intensiver insbesondere die subjektive Erwartungshaltung des Fragenden in die Fragestellung eindringt, desto grösser wird ihre eingebende Tendenz: sie nähert sich dem Bereich der Suggestion¹⁰. Soll nun aber der richterlichen Befragung eine lenkende Wirkung bezüglich des Verfahrens zukommen, muss sich in der konkreten Frage die subjektive Grundhaltung des Richters in gewissem Umfange widerspiegeln, andernfalls ist sie nicht informativ und wirkungslos. Soll sie tatsächlich eine Gelegenheit zur Mangelbehebung bieten, muss die richterliche Frage klar und bestimmt sein (nicht aber *bestimmend*¹¹).

Die Frageform eignet sich damit im Rahmen der Verfahrenslenkung nur dort, wo eine bestimmte Richtung und Zielsetzung mit der Fragestellung verfolgt wird und verfolgt werden muss (nicht aber in den Fällen, in welchen es nur darum geht, eine irgendwie geartete Äusserung überhaupt zu erhalten). Da es nun aufgrund der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime den Parteien – und nicht dem Richter – obliegt, die Grundrichtung und Grundzielsetzung des zur Erledigung vorgelegten Konfliktes und der daraus gezogenen Schlüsse zu bestimmen, liegt der Hauptanwendungsfall der richterlichen Fragestellung im Bereich der diesbezüglich unklaren und unbestimmten (nicht aber unvollständigen) Parteivorbringen¹². Die richterliche Befragung setzt

9 Dies trifft auch auf die sog. „Bestimmungsfrage“, bei welcher der Adressat ohne Mithilfe des Fragenden die Antwort bestimmen soll zu (vgl. Hauser, a.a.O., S. 290); und zwar deshalb, weil „das Verstehensgeschehen“ hinsichtlich der durch Befragung nachzufragenden Parteiaussage „die Subjektivität des Interpretieren gar nicht umgehen kann“ (vgl. Hinderling, a.a.O., S. 143).

10 Zur Suggestivfrage vgl. Cleric, zur forensischen Würdigung der Suggestivfrage, in SJZ 26 S. 225 ff und ZStrR 43 S. 223 ff; z.B. folgende Fragestellungsmöglichkeiten: „was haben Sie?“, „haben Sie Angst?“, „haben Sie etwa Angst?“, „Sie haben doch nicht etwa Angst?“, „wer soll denn hier Angst haben?“

11 Siehe hinten S. 69 f; z.B. die Frage „was wollen Sie damit sagen?“ signalisiert wohl ein unbestimmtes Informationsbedürfnis und eröffnet dem Adressaten vordergründig eine Gelegenheit zur Mangelbehebung, sie ist aber hinsichtlich Mangel und Mangelbehebungsrichtung nicht informativ und ohne lenkende Wirkung, besteht doch die „Antwort“ lediglich in einem erneuten Sprechen über den nicht näher abgegrenzten Redegegenstand.

12 Siehe S. 33, 36; die Grundrichtung eines Konfliktes ist durch richterliche Auslegung (vgl. S. 50) der artikulierten Parteivorbringen und der darin enthaltenen implizierten Aussagen zu ermitteln; vgl. Hinderling, a.a.O., S. 40 „Auch Formen, die ohne Mitteilungsabsicht geschaffen wurden, können ausgelegt, befragt werden auf einen hinter ihnen verborgenen, implizierten Aussagewert hin.“

damit ein richtungsweisendes Parteivorbringen voraus, hat daran anzuknüpfen und die vorgegebene Richtung *nachfragend* zu verfolgen: sie ist das primäre Mittel der richterlichen Argumentationslenkung.

Die Frageform eignet sich nicht für die Kommunikationslenkung im Bereich des unvollständigen Parteivorbringens. Gerade dieser Vervollständigungsvorgang im Rahmen des gewöhnlichen Zivilprozessverfahrens darf nicht durch eine vom Fragesteller – bewusst oder unbewusst – in die Fragestellung umgesetzte, bestimmende Richtung oder Zielsetzung beeinflusst werden¹³.

Die richterliche Befragung nach § 55 ZPO ist keine persönliche Befragung der Prozesspartei. Die Fragestellung, die gesamte richterliche Lenkungsstätigkeit hinsichtlich der mängelfreien Prozessgrundlagenerarbeitung richtet sich bei vertretenen Parteien sowohl an die Partei selbst als auch an deren Vertreter. Die Gelegenheit zur Mängelbehebung kann sowohl die Partei als auch ihr Vertreter ergreifen. Damit darf der Parteivertreter – selbst bei sachverhaltsbezogenen Fragen (zu deren Beantwortung die Partei selbst eher und umfassender imstande sein wird) – nicht einfach übergangen werden.

1. Ausgestaltung der Frage/Befragung

Hinsichtlich der Ausgestaltung der richterlichen Befragung enthält die Verfahrensordnung keine näheren Bestimmungen¹⁴. Sie kann sowohl mündlich als auch schriftlich erfolgen (im Gegensatz zur persönlichen Befragung nach § 149 ZPO und der Beweisaussage nach § 150 ZPO,

13 Zur materiellen Verfahrenslenkung durch die Mittel der Aufforderung und Anweisung siehe hinten S. 73 ff; so wie das Verstehen einer Rechtsnorm von "Verstehens-elementen, die im Subjekt des Interpretieren schon immer vorhanden sind, gleichsam unterwandert wird" (Hinderling, a.a.O., S. 100), erhalten subjektive Verstehens-elemente auch Bedeutung hinsichtlich des Verstehens von Parteivorbringen, sie schlagen – bewusst oder unbewusst – im Rahmen des Bestrebens nach Konkretisierung der Parteiaussagen auf die diesbezügliche Fragestellung durch, vgl. auch Lüderitz, Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte, Tübingen 1966.

14 Weder hinsichtlich der richterlichen Verfahrenslenkung, noch der persönlichen Befragung, noch der Beweisaussage, selbst bezüglich der Zeugeneinvernahme (alt § 205 ZPO wurde ersatzlos fallengelassen) werden Suggestivfragen ausdrücklich ausgeschlossen; Sträuli/Messmer, ZPO, N 3 zu § 155 ZPO erachten deren Unterlassung aufgrund von § 50 Abs. 1 ZPO (Treu und Glauben) als geboten; Wyss, a.a.O., S. 24/25.

welche gemäss § 155 ZPO mündlich zu erfolgen haben)¹⁵. Aufgrund ihrer doppelten Zielsetzung (der Prozesspartei Gelegenheit zur Mangelbehebung zu bieten und dem Richter zu einem klaren und bestimmten Parteivorbringen zu verhelfen) bedarf die Fragestellung einer doppelten Wirksamkeit. Die konkrete Ausgestaltung der Befragung resp. der Fragen hat sich damit einerseits am Informationsbedürfnis und der erkennbaren Mangelbehebungsfähigkeit der Prozesspartei sowie dem richterlichen Informationsbedürfnis andererseits zu orientieren. Die Fragestellung hat ihrerseits klar und bestimmt¹⁶, d.h. für den Adressaten verständlich und aussagekräftig zu sein. Dazu sind u.a. folgende Umstände von massgeblicher Bedeutung: die Fragestellung hat an eine ganz bestimmte Parteiaussendung anzuknüpfen¹⁷, hat hinsichtlich Art und Umfang der festgestellten Unklarheit oder Unbestimmtheit informativ zu sein¹⁸ und eine bestimmte Frage zu beinhalten. In der Praxis werden nun vielfach die beiden ersten Elemente der Fragestellung (Anknüpfung und Information) übergangen, es wird nur gerade die "nackte" Frage gestellt. Dies führt dann zu einer Erschwerung oder gar Verunmöglichung der Mangelbehebung durch die betreffende Partei selbst, wenn ihr die Fähigkeit abgeht, Anknüpfung und Mangelbreich zu erkennen.

In solchen Fällen führen Lokalisierungsschwierigkeiten und Informationsdefizite zu einer eigentlichen "Überrumpelung"¹⁹ der befragten Partei. Diese wiederum hat zur Folge, dass sie der Frage "ausgeliefert" wird und in eine gewisse Abhängigkeit gerät. In dieser Situation wird die befragte Partei stark für "Eingebungen" aufgrund der gestellten Frage empfänglich²⁰. Diese Tendenz wird situationsbedingt noch ver-

15 Sträuli/Messmer, ZPO, N 9 zu § 155 ZPO.

16 Hauser, a.a.O., S. 290.

17 Lemmermann, a.a.O., S. 109 "Das Bekannte dient als Brücke der Verständigung".

18 Siehe S. 41.

19 Zum Überraschungsnachteil im mündlichen Verfahren vgl. Wyss, a.a.O., S. 48.

20 Vgl. Cleric, SJZ 26 S. 227 und die in der rechten Spalte wiedergegebenen Beispiele: diese Gefahr ergibt sich insbesondere für den Rechtsunkundigen im Antragsbereich: auf welche Weise kann und soll eine klare und bestimmte Antragsstellung angestrebt werden, wenn der betreffenden Partei offensichtlich die dazu notwendigen Beurteilungskriterien fehlen? Hat eine Partei die Sachverhaltselemente hinsichtlich einer Genugtuung vollständig dargelegt, jedoch mangels Rechtskenntnisse keinen Genugtuungsbetrag beziffert, führt die Gelegenheit zur Mangelbehebung eröffnende Frage: "welchen Betrag wollen Sie nun als Genugtuung geltend machen?" zur totalen Frustration der betreffenden Partei. Würde in dieser Situation die Frage folgen: "denken Sie etwa Fr. 10 000.- ?", wäre eine Bejahung der Frage allein aufgrund der richterlichen Fragestellung sehr naheliegend (Autoritätsreaktion), insbesondere

stärkt durch die Situationsdominanz und (scheinbare) Autorität des fragenden Richters.

Die richterliche Befragung, gerade aber auch die "nackte" Fragestellung, ermöglicht der einzelnen Prozesspartei – insbesondere der unbeholfenen – die Ergreifung der Gelegenheit zur Mangelbehebung auf relativ einfache Weise. Sie kann durch eine – bereits durch die Fragestellung lokalisierte und je nach Ausgestaltung hinsichtlich der Antwortmöglichkeiten eingeengte – Antwort die Obliegenheit der Mangelbehebung ohne umfassende eigene Aktivität erfüllen. Vielfach entspricht dies geradezu einem Bedürfnis der rechtsunkundigen, unbeholfenen Prozesspartei²¹. Eine von der richterlichen Zielsetzung der Erforschung der materiellen Wirklichkeit und Wahrheit geprägte Verfahrenlenkung durch Befragung kann – selbst wenn ihr bestimmende Wirkung auf die Prozessparteien zukommt – nicht gegen den Grundsatz der Verwirklichung des materiellen Rechts verstossen; sie kann aber in Konflikt mit der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime geraten²².

2. Zulässigkeit der bestimmenden Frage

Eine gewisse bestimmende Wirkung kommt der richterlichen Befragung bereits dadurch zu, dass eine Prozesspartei nur über – nach Auffassung des Richters – sachrelevante Unklarheiten oder Unbestimmtheit überhaupt befragt wird. Dadurch wird nicht nur das Verfahren, sondern indirekt auch die Partei "gelenkt". Diese richterliche Lenkungsstätigkeit ist jedoch lediglich richtungsweisend, richtungsbestimmend, sie belässt der befragten Partei hinsichtlich der inhaltlichen

dann, wenn die Antwortverweigerung mit irgendwelchen prozessualen Nachteilen verknüpft ist.

21 Geprägt durch die Grundhaltung: der Richter soll mich fragen, er wird am besten wissen worauf es ankommt; vgl. Frank zit. auf S. 41 N 44; so wird gelegentlich auch auf den Nutzen der Suggestivfrage hingewiesen, vgl. Hinweis bei Cleric, SJZ 26, S. 229 linke Spalte, Hauser a.a.O., S. 292.

22 Siehe vorn S. 62/63; Sträuli/Messmer, ZPO, N 1 zu § 54 ZPO "Von Bundes wegen ist die Verhandlungsmaxime den Kantonen nicht vorgeschrieben, insbesondere nicht nach Art. 8 ZGB (BGE 78 II 97). Bundesrecht ist daher nicht verletzt, wenn der Richter einen aus den Akten hervorgehenden Sachverhalt zugunsten einer Partei verwertet, den sie selber nicht anruft (BGE 81 II 201, 65 II 206), oder einen von keiner Seite vorgebrachten Sachumstand von sich aus heranzieht und darüber Beweise anordnet (BGE 97 II 218 E 1 mit Zitaten, 74 II 206 E 3, Kummer ZGB Art. 8 N 12, N 39 ff.)."

Ausgestaltung der Fragebeantwortung die Artikulationsfreiheit. Die bezüglich der Fragebeantwortung richtungsbestimmende Frage ist durchaus mit dem Grundsatz der Rechtsverwirklichung und den Prozessmaximen vereinbar²³. Eine inhaltlich weitergehende Verfahrenslenkung durch nicht nur richtungsbestimmende, sondern inhaltlich die Antwort bestimmende Fragen ist im Sachverhaltsbereich nicht als zulässig zu erachten. Der fragende Richter ist hinsichtlich des streitigen Geschehensablaufs ein Aussenstehender, er besitzt keine eigene Wahrnehmungserfahrung im rationalen Wirklichkeitsbereich. Die bestimmende Wirkung kann in dieser Situation nur auf einer irrationalen, wertungsabhängigen Basis gründen (z.B. Vermutung, Gefühl, subjektive Sachverhaltsbewertung, normaler Lauf der Dinge, Lebenserfahrung usw.). Dadurch aber entsteht die Gefahr, dass irrationale, der tatsächlichen Wirklichkeit nicht entsprechende Elemente Eingang in den rationalen Sachverhaltsbereich finden²⁴. Sie können zu einer Verzerrung der (sowohl richterlichen wie auch parteimässigen) Streiterledigungsgrundlagen führen und den Keim einer bereits sachverhaltsmässig bedingten Fehlentscheidung bilden. Im Sachverhaltsbereich ist damit nur die Frage zulässig, welche der befragten Partei eine eigenständige, unbeeinflusste Mangelbehebungsmöglichkeit gewährt²⁵. Die Fragestellung

23 Sofern sie die von den Parteien festgelegte Grundrichtung weiterverfolgt, d.h. die befragte Partei nicht bewusst in eine "andere" Richtung gelenkt wird. Ein Quell solcher unzulässiger "Abweichungen" stellt z.B. das Vermengen von auslegungsmässigem Verstehen und spekulativer Deutung von Parteiaussagen dar (vgl. Hinderling, a.a.O., S. 42).

24 Siehe S. 14; so wie sich die Konkretisierung der Norm an den vom Gesetzgeber formulierten Text zu halten hat und in der Applikation keine Freiheit gegenüber dem Gesetzestext gesehen werden kann (vgl. Hinderling, a.a.O., S. 31 unter Verweisung auf Gadamer), hat sich auch die Konkretisierung des Sachverhaltes an die von den Parteien formulierte Wirklichkeitsdarstellung zu halten und darf in der Applikation keine Freiheit gegenüber dieser artikulierten Wirklichkeit gesehen werden. Sowenig der Richter "sein" Recht auf einen Sachverhalt anwenden kann, kann er "seinen" Fall auf das Recht anwenden (vgl. S. 49). Besondere Problematik kommt der bestimmenden Fragestellung auch deshalb zu, weil Fragen gemäss § 145 Abs. 1 GVG nicht zwingend protokolliert werden müssen, sondern nur "wo es dem Verständnis oder der Würdigung dient"; ausserhalb des Beweisverfahrens, d.h. im Rahmen der richterlichen Befragung, wird die Protokollierung der Frage überhaupt nicht erwähnt, sind doch nach § 144 Abs. 1 GVG lediglich "mündliche Ausführungen der Parteien, soweit sie zur Sache gehören und keine Wiederholungen sind" zu protokollieren; vgl. Hauser, a.a.O., S. 292 N 96.

25 Insbesondere ausgeschlossen erscheint die Alternativfrage, die Erwartungsfrage, die Voraussetzungsfrage (soweit die Anknüpfung nicht an bereits artikulierten Umständen erfolgt), die Ja/Neinfrage (vgl. Cleric, SJZ 26, S. 225/26; Hauser, a.a.O., S. 291/92).

im bindenden Argumentationsbereich darf nur der reinen, rationalen Informationsvermittlung²⁶ dienen. Der Einsatz rhetorischer Stilelemente ist nur insoweit zulässig, als sie dieser Zielsetzung Wirksamkeit verschaffen können²⁷.

Nicht zu verwechseln ist die bestimmende Frage mit einer Informationsvermittlung durch Beispiele²⁸, welches Vorgehen durchaus zulässig erscheint.

Im Antragsbereich erscheint die materielle Verfahrenslenkung durch Befragung bereits an sich – in weit stärkerem Masse die bestimmende Fragestellung – problematisch²⁹. Eine Fragestellung in diesem Bereich hat nur dort sinngebende Bedeutung, wo die betreffende unklare oder unbestimmte Anträge stellende Partei erkennbarermaßen fähig erscheint, normbezogene Wertungen vorzunehmen und darauf gerichtete Fragen zu beantworten³⁰. Erscheint dies einer Partei nicht zumutbar, ist generell auf eine Befragung im Rahmen der bindenden Argumentation zu verzichten, d.h. die richterliche Verfahrenslenkung hat nicht weiter als bis zur Kommunikationsförderung und -lenkung (durch Aufforderung, Hinweis verbunden mit Anleitung, Belehrung, Aufklärung³¹) zu gehen. Dies hat sowohl bei Annahme einer Antragsbindung des Richters als auch einer fehlenden Antragsbindung des Richters³² zu gelten. Wie im Sachverhaltsbereich kann auch im Antragsbereich nur einer freien, unbeeinflussten Parteiäußerung den Richter bindende Wirkung zukommen. In solchen Situationen darf eine nur formal klare und bestimmte Anspruchs- resp. Antragsformulierung durch eine – zum vornherein seitens der betreffenden Partei

26 Siehe S. 18.

27 So erscheint im Sachverhaltsbereich die Frageform: “Sie haben doch festgestellt, dass...?” oder “haben Sie nicht festgestellt, dass ...?” nicht zulässig; vgl. Schlüter, a.a.O., S. 53, er bezeichnet die Fangfrage als “Mischung von rhetorischer Frage und Dilemma”.

28 Führt eine Partei aus, sie habe der Gegenpartei ein bestimmtes Buch “gegeben” und wolle dieses wieder zurück, ist es durchaus zulässig, die betreffende Partei darauf aufmerksam zu machen, diese Aussage sei unklar, könne doch “geben” z.B. die Bedeutung haben “verkaufen”, “schenken”, “leihen”, “hinterlegen” usw.; nicht zulässig erscheint in dieser Situation die nackte Frage: “Sie haben der Gegenpartei doch das Buch geliehen?” (Erwartungs/Ja-Neinfrage), oder “haben Sie das Buch der Gegenpartei geschenkt oder geliehen?” (Alternativfrage).

29 Siehe S. 63, 68 N 20.

30 Z.B. die rechtskundige oder rechtskundige vertretene Partei, aber auch Parteien mit spezifischer Fachbereichserfahrung.

31 Siehe hinten S. 73 ff.

32 Zum Problem der Antragsbindung vgl. Meier, a.a.O., S. 52 ff, 146 ff.

nicht selbständig beantwortbare – Fragestellung weder erzwungen noch erschlichen werden³³.

Die sprachliche klare und bestimmte Antragsformulierung erscheint deshalb nur formal, weil sie den gedanklichen Entstehungsvorgang der Wertung tatsächlicher oder vermeindlicher Wirklichkeitselemente nicht aufgezeigt, sondern nur die reine Schlussfolgerung wiederzugeben vermag³⁴. Dieser verstehenshindernde Ruckzug des Verfahrensrechtes im Anspruchsbereich auf die rein formale Ebene zeigt sich bereits im Sühnverfahren: der Friedensrichter bringt – falls dies noch nicht geschehen ist – das Rechtsbegehren „in bestimmte Form“³⁵. Fehlen einer Prozesspartei erkennbarermaßen die zu einer formalen Antragsstellung notwendigen Wertungsfähigkeiten, darf die formalistische Tendenz im Anspruchsbereich nicht noch durch rein formal wirkende Lenkungsmittel des Richters verstärkt werden. Jede Fragestellung in dieser Situation verwickelt die mit entsprechenden Fähigkeitsdefiziten belastete Partei in eine eigentliche Zwangslage³⁶, entsprechend zugänglich wird sie für – bewusst oder unbewusst – bestimmend wirkende Fragen: gegenüber unkundigen Parteien ist im Anspruchsbereich generell auf das Lenkungsmittel der Befragung zu verzichten; auch gegenüber kundigen Parteien erscheint im bindenden Argumentationsbereich die bestimmende Fragestellung unzulässig³⁷.

33 Jede auf die Vermittlung irrationaler, wertungsbedingter Information gerichtete Frage stellt im übertragenen Sinne eine „Rechtsfrage“ dar, Wertung im Antragsbereich stellt aber Rechtsanwendung dar, dies ist Aufgabe des Richters, vgl. S. 53, 55 insbesondere N 82; das Problem der klaren und bestimmten Antragsstellung kann auch nicht durch eine – wie auch immer erreichbare – „rahmenmässige“ Bezifferung gelöst werden, vgl. S. 54 ff.

34 Siehe S. 51 ff; die Artikulierung von Wirklichkeitselementen umfasst demgegenüber gleichzeitig immer auch eine inhaltliche Bedeutungswirkung.

35 § 98 Abs. 2 ZPO; weder Sträuli Messmer, ZPO, N 2 zu § 98 ZPO noch das Handbuch für die Friedensrichter des Kantons Zürich, herausgegeben vom Obergericht im Dezember 1977, S. 21 geben nähere Hinweise was unter „bestimmte Form“ zu verstehen ist; so wird denn auch nur auf eine formale Formulierung gedrängt und nur eine solche erscheint denn auch in der Weisung; zu Recht kritisiert Wyss, a.a.O., S. 57/58 die heutige Ausgestaltung der Weisung: „Die Weisung ist deshalb heute zu einem Formular geworden, ...“.

36 Wird die Fragebeantwortung im Anspruchsbereich gegenüber dem Kläger oder Widerkläger gar mit der Androhung der Vonderhandweisung der Klage oder Widerklage verbunden, gerät dieser in eine unzumutbare Zwangslage, die Rechtsverwirklichung wird unzumutbar erschwert, wenn nicht überhaupt verunmöglicht; vgl. zum Nichtgenügen der Klageschrift Walder, Prozessurledigung ohne Anspruchsprüfung, S. 135/136.

37 Selbst wenn sie aufgrund ihrer Wertungsfähigkeit für bestimmende Fragen weniger zugänglich erscheint, inwieweit im nichtbindenden Argumentationsbereich der Vergleichshandlung die bestimmende Fragestellung möglich erscheinen könnte, vgl. hinten S. 93 f.

B. AUFFORDERUNG/ANWEISUNG

Aufgrund von § 55 ZPO kommt nicht nur die richterliche Befragung als materielles Verfahrenslenkungsmittel in Betracht. Auch andere Lenkungsmittel, die geeignet sind, einer Prozesspartei Gelegenheit zur Mangelbehebung einzuräumen erhalten wichtige Bedeutung. Aufforderung und Anweisung des Richters sind Verfahrenslenkungsmittel, die der Parteiaktivität weitesten Spielraum lassen. Ihre Voraussetzungen und Zielsetzung entsprechen denjenigen der richterlichen Befragung³⁸. Gegenüber der Fragestellung zeigen Aufforderung und Anweisung den Vorteil, dass ihnen – bewusst oder unbewusst – nicht im gleichen Umfange und nicht ebenso leicht eine bestimmende Wirkung zukommen kann. Sie lassen sich wohl – und sollen auch – hinsichtlich der damit ausgelösten Reaktion beim Adressaten mit einer “bestimmten” Richtungsweisung verbinden, doch engen sie (im Gegensatz zur Frageform) diese Reaktion nicht bereits zum Vornherein weitgehend ein. Eine Mangelbehebungsgelegenheit kann nun aber mit der Aufforderung und der Anweisung nur dann wirksam geboten werden, wenn sie mit einer Anleitung, einem Hinweis, einer Erklärung oder Belehrung³⁹ verbunden ist und – wie die Frageform – an bereits artikuliertem Parteivorbringen anknüpft, d.h. lokalisiert wird⁴⁰. In diesem Sinne erscheint im Grunde genommen die Aufforderung und Anweisung (sowohl im Sachverhalts- als auch Antragsbereich) viel eher dem § 55 ZPO zugrundeliegenden Bestreben (durch richterliches Tätigwerden der Prozesspartei Gelegenheit zur selbständigen Mangelbehebung zu bieten) zu entsprechen als die – angesichts der naheliegenden Gefahren problematische – Form der richterlichen Befragung. Als richtungsweisendes, der Parteiaktivität weiten Spielraum einräumendes Lenkungsmittel liegt dessen Hauptanwendungsgebiet im Bereich der Kommuni-

38 Siehe vorn S. 64 ff.

39 Zur wichtigen Bedeutung der Anleitung für die entscheidungsgewohnte Prozesspartei vgl. Rodingen, a.a.O., S. 52 “Verständigung durch Anleitung”; sowohl die Auswahl der vorzutragenden Wirklichkeitselemente eines tatsächlichen Geschehensablaufes (vgl. S. 8 f, 11 ff) als in noch viel stärkerem Masse die aus dem Tatsächlichen gezogenen Schlüsse (Antragsformulierung) stellen Entscheidungsvorgänge der einzelnen Prozesspartei dar.

40 Auch die “nackte” Aufforderung und Anweisung wirkt – wie die “nackte” Frage (siehe S. 68) – auf die betreffende Partei “übereumpelnd” und nicht informativ, so z.B. “führen Sie dies klar aus”, “Sie haben Ihre Tatsachenbehauptungen vollständiger darzulegen”.

kationsförderung und -lenkung. Eine innerhalb des wertungsmässig erkennbaren Sachverhalts- und Antragsbereichs vollständige Problem- darlegung und Problembehandlung kann durch diese materiellen Len- kungsmittel sinnvoll und der Verhandlungs- sowie Dispositionsmaxime entsprechend erzielt werden⁴¹. Die Form der Befragung eignet sich im Bereich der Kommunikationslenkung hinsichtlich einer Vervollständi- gung eines Parteivorbringens deshalb nicht, weil sie bezüglich der Parteiaktivität zu einengend ist und kaum ohne – unbewusste und situationsbedingte – bestimmende Wirkung ausfallen kann.

C. ANKNÜPFUNG

Da die richterliche Verfahrenslenkung durch Aufforderung Anwei- sung und Befragung reaktiv ist, d.h. eine grundsätzlich beendete Parteiaktivität voraussetzt⁴², entsteht zwischen der prozessualen Partei- handlung und der richterlichen Verfahrenslenkung eine zeitliche Di- stanz. Sachverhalts- und oder Antragsdarstellungselemente werden zeitlich nachverschoben als unvollständig oder unklar unbestimmt qua- lifiziert und zwecks Vervollständigung oder klarer, bestimmter Fas- sung durch die Partei reaktiviert. Die fraglichen Darstellungselemente müssen unter Überbrückung dieser zeitlichen und entsprechend ged- anklichen Distanz erneut zur "Diskussion" gestellt werden. So wie innerhalb eines Parteivortrages solche "Rückgriffe" mittels geraffter Wiederholung die zeitliche und gedankliche Distanz überbrücken, hat sich auch die Kommunikations- und Argumentationslenkung dieser rhetorischen Anknüpfungs- und Lokalisierungsmittel zu bedienen⁴³. Da nun die Vervollständigung oder Verdeutlichung der durch die Anknüpfung reaktivierten Darstellungselemente Obliegenheit der be- treffenden Prozesspartei – nicht aber des verfahrenslenkenden Rich- ters – ist, darf die geraffte Wiederholung solcher Elemente keine Wertung (damit z.B. auch keine "Deutung" oder "Verdeutlichung") beinhalten.

41 Auch im Bereich der Argumentationslenkung kann die anknüpfende, informative Aufforderung sprachlich in bestimmter Richtung tätig zu werden eine wirksame Gelegenheit zur Mangelbehebung hinsichtlich unklarer oder unbestimmter Parteivor- bringen einräumen.

42 Siehe S. 35, 56 ff.

43 Mit denselben Mitteln arbeitet z.B. auch die Darstellungsform der Zusammenfas- sung.

D. INFORMATIONSMITTEL

Die Information hinsichtlich des Bestehens und der Behebung eines Nachvollziehbarkeitsmangels (Unvollständigkeit) oder Aussagekraftmangels (Unklarheit, Unbestimmtheit) muss die Grundlage für eine sach- und parteiengerechte Mangelbehebungsgelegenheit abzugeben vermögen. Die Informationsmittel haben in doppelter Hinsicht wirksam zu sein: sie haben Art und Umfang des Darstellungsmangels einerseits sowie die Richtung der Mangelbehebung andererseits informativ aufzuzeigen. Ihre Wahl und Anwendung hat der Parteiaktivität im Rahmen der Mangelbehebung grösstmögliche Freiheit zu belassen⁴⁴. Als Mittel der richterlichen Information kommen in Betracht: Beispiel, Definition, Bild, Augenschein. Sie dienen der informativen Visualisierung auslegungsmässig erkannter Mängelprobleme und sollen der ihre Darstellungsobliegenheit nur ungenügend erfüllenden Prozesspartei eine Informationsgrundlage zur eigenständigen Behebung bestehender Nachvollziehbarkeits- oder Aussagekraftmängel vermitteln. Wahl und Ausgestaltung dieser Visualisierungsmittel haben sich auf die erkennbaren Fähigkeiten der mangelbehebungsverpflichteten Partei auszurichten.

Wichtigste Bedeutung kommt dabei der Beispielsform zu. Dieses Informationsmittel ist offen und vermag eine Informationsbasis abzugeben, welche im Hinblick auf die Mangelbehebung weder einengend noch bestimmend ausfällt⁴⁵.

Neben den genannten Informationsmitteln ist auch die Vergleichsform zu nennen. Durch die Vergleichsfalltechnik (Problemvisualisierung durch Gegenüberstellung von Extremen oder Affinitäten) kann die Argumentationsbasis massgeblich erweitert und rationalisiert⁴⁶ werden. Dabei ist jedoch gleichzeitig zu beachten, dass Vergleiche sehr leicht – bewusst oder unbewusst – bedeutungsverschiebende, problemverlagernde oder unmerklich wertende Wirkung zeitigen können⁴⁷.

44 Auch die Informationsvermittlung darf nur richtungsweisende nicht aber bestimmende Wirkung entfalten, vgl. S. 67, 69 ff.

45 Schlüter, a.a.O., S. 52 "zur sachlichen Argumentation gehört eigentlich nur die Beispielstechnik"; so z.B. im Sachverhaltsbereich durch beispielhaftes Aufzeigen der Mehrdeutigkeit oder des Bedeutungsumfanges verwendeter sprachlicher Wendungen, im Anspruchsbereich durch beispielhafte Darlegung von sachverhaltsmässig indizierten Anspruchshypothesen oder Präjudizien.

46 Haft, a.a.O., S. 89 ff.

47 Schlüter, a.a.O., S. 53, S. 46 "Gerade weil Vergleiche 'hinken' gehören sie zu den bevorzugten Mitteln der rhetorischen Dialektik".

Eine solche Informationsgrundlage erhält alsdann eine unzulässige eingehende Tendenz hinsichtlich der Mangelbehebung durch die betreffende Prozesspartei.

4. KAPITEL

INFORMATIONS-, KOMMUNIKATIONS- LENKUNGS- UND ARGUMENTATIONS- LENKUNGSFOREN IM ZIVILPROZESS

A. REFERENTENAUDIENZ ZUR VORBEREITUNG ODER VEREINFACHUNG DES HAUPTVERFAH- RENS (§ 118 Abs. 1 ZPO).

Dieses Verfahrensforum ist nicht auf eine bestimmte Verfahrensart beschränkt, kann damit sowohl im mündlichen wie auch schriftlichen Verfahren nach Ermessen des Richters angeordnet werden¹. Im Rahmen dieses Vorverfahrens obliegt es (unter Androhung von Ordnungsbusse) den Prozessparteien “vorläufig” sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel bekannt zu geben. Bereits die in der Verfahrensordnung verwendete Formulierung zeigt die Zielsetzung dieses Kommunikationsforums auf: im Rahmen eines ersten prozessualen Informationsaustausches sollen die Konfliktsprobleme vorläufig artikuliert und abgegrenzt werden. Vorbereitende oder vereinfachende Wirkung hinsichtlich des folgenden Hauptverfahrens kann den Parteivorbringen nun nur dann zukommen, wenn sie mindestens ein nachvollziehbares, damit vorläufig vollständiges Problemfundament zu schaffen vermögen (es sind “sämtliche” Angriffs- und Verteidigungsmittel bekanntzugeben). Erfüllt eine Partei oder beide Parteien diese Zielsetzung nicht, hat damit der Richter bereits in diesem frühen Verfahrensstadium durch das Verfahrenlenkungsmittel der Kommunikationsförderung und -lenkung aktiv tätig zu werden (im Bereich dieser vorläufigen Problemabgrenzung darf hingegen noch keine richterliche Argumentationslenkung erfolgen)².

1 Sträuli/Messmer, ZPO, N 1 zu § 118 ZPO.

2 Als Kommunikationslenkungsmittel kommen allein in Frage: Anknüpfung, Information verbunden mit Aufforderung/Anweisung.

Neben Fragen der Prozessvoraussetzungen und Prozessleitung³ können aufgrund der Parteiaktivität sowohl des Klägers als auch des Beklagten die konkreten Fähigkeiten für eine Prozessführung ohne Rechtsvertretung erkannt werden⁴.

Ausgestaltung und Zielsetzung der Referentenaudienz zur Vorbereitung oder Vereinfachung des Hauptverfahrens verleihen diesem Verfahrensforum wichtige Bedeutung hinsichtlich der Erfüllung der richterlichen Kommunikationsförderungs- und -lenkungspflicht. Dieses Informations- und Kommunikationsforum ist den Parteien immer dann zur Verfügung zu stellen, wenn sich bereits bei der Klageeinreichung konkrete Hinweise hinsichtlich bestehender Problemdarlegungs- und Problemabgrenzungsschwierigkeiten ergeben⁵. Ein solches Vorgehen kann nicht nur dem Grundsatz der Prozessbeschleunigung dienen, sondern ermöglicht den Parteien eine frühzeitige, auch die normbezogene Optik berücksichtigende selbständige Meinungsbildung⁶.

Das Vorverfahren darf jedoch nicht einer Verdrängung der grundlegenden Parteiaktivität im Rahmen der Schaffung der Prozessgrundlagen dienen. Das Hauptverfahren darf nicht in dem Sinne vorbereitet oder vereinfacht werden, dass der richterlichen Aktivität dominierende und bestimmende Wirkung verliehen wird.

1. Im mündlichen Verfahren

Ein Hauptanwendungsfall der vorbereitenden Verhandlung vor dem Referenten nach § 118 Abs. 1 ZPO wird vor allem im Bereich der direkten Klageerhebung⁷ gesehen, d.h. in Fällen in welchen dem Prozess kein Vorverfahren (wie z.B. das Sühnverfahren) vorausgeht⁸. Angesichts der heutigen Ausgestaltung des Sühnverfahrens⁹, das sich

3 Sträuli/Messmer, ZPO, N 1 zu § 118 ZPO.

4 Meier, a.a.O., S. 139 hält zu Recht fest, dass der rechtsunkundigen Partei nicht zugemutet werden kann, von sich aus zu erkennen, ob sie der eigenständigen Prozessführung gewachsen ist oder nicht.

5 So z.B. aufgrund der kurzen Darstellung des Streitfalles bei der direkten Klageerhebung nach § 106 ZPO, der Parteibezeichnungen und Formulierung des Rechtsbegehrens in der Weisung, einer nach § 130 in Verbindung mit §113 ZPO ungenügenden Klageschrift.

6 Siehe S. 34 ff.

7 § 103 ff ZPO.

8 Sträuli/Messmer, ZPO, N 1 zu § 118 ZPO "... entspricht den Bedürfnissen des Arbeits- und Mietgerichts, ...".

9 Siehe hinten S. 99 ff.

insbesondere durch das weitgehende Fehlen der normbezogenen Optik auszeichnet, kann dieser Umstand kaum als entscheidendes Kriterium für die Durchführung eines Vorverfahrens in Betracht fallen¹⁰. Im mündlichen Prozessverfahren ist die unmittelbare Kommunikation von Beginn des Hauptverfahrens an gewährleistet. Soweit sich nicht bereits bei der Klageeinleitung erkennbare Schwierigkeiten hinsichtlich der Prozessdurchführung ergeben¹¹, erscheint ein separates, ebenfalls mündliches Vorverfahren unnötig. Vielmehr kann dann ein solches zu einer zeitlich nicht gerechtfertigten Verzögerung führen¹². Die Informationspflichterfüllung und Kommunikationslenkung kann durchaus im Verlaufe des mündlichen Hauptverfahrens erfolgen. Im mündlichen Verfahren vor dem Einzelrichter ist daher nur in Ausnahmefällen ein Vorverfahren nach § 118 Abs. 1 ZPO durchzuführen¹³. Im mündlichen Verfahren vor dem Gerichtskollegium ist ein Vorverfahren vor dem Referenten zur Vorbereitung oder Vereinfachung des Hauptverfahrens nur dann durchzuführen, wenn sich bereits im Zeitpunkt der Klageeinleitung ProblemDarstellungs- und -abgrenzungsschwierigkeiten oder Prozessdurchführungshindernisse deutlich abzeichnen; dies unabhängig davon, ob es sich um eine direkte Klageeinleitung oder ein Verfahren mit vorangehendem Sühnverfahren handelt. Ergibt sich im Rahmen des Vorverfahrens oder im mündlichen Hauptverfahren, dass eine Prozesspartei – trotz Erfüllung der richterlichen Lenkungspflichten – unfähig ist, ihre Sache gehörig zu führen, ist nach § 29 Abs. 2 ZPO vorzugehen. Die richterliche Informationspflicht umfasst in diesem Zusammenhang auch den Hinweis auf die Möglichkeit der unent-

10 Vgl. Anhang: der Anteil an Prozesserledigungen ohne Verhandlung und ohne Anspruchsprüfung vor den Arbeitsgerichten unterscheidet sich nicht signifikant von demjenigen in Prozessen mit vorausgehendem Sühnverfahren.

11 Z.B. Prozesshindernisse, Prozessleitungsschwierigkeiten, ProblemDarstellungs- oder -abgrenzungsschwierigkeiten usw., vgl. S. 78 N 5; so vermag z.B. nur ein solches Vorverfahren verlässliche Anhaltspunkte hinsichtlich der Notwendigkeit und Möglichkeit der Anordnung des schriftlichen Verfahrens anstelle des mündlichen Verfahrens abzugeben, vgl. hinten S. 95.

12 So haben die Prozessparteien keinen Anspruch auf die Durchführung eines solchen Vorverfahrens; Referentenaudienzen sollen nicht gegen den Willen der Parteien durchgeführt werden (Sträuli/Messmer, ZPO, N 2 zu § 118 ZPO).

13 Z.B. dann, wenn Prozessdurchführungshindernisse (und nicht nur mittels richterlicher Information und Verfahrenslenkung behebbare Prozessführungsschwierigkeiten) offensichtlich sind; nach dem Entwurf der Justizdirektion an den Regierungsrat vom 2. Februar 1979 zur Neugestaltung des mietgerichtlichen Verfahrens soll inskünftig bei Streitwerten unter Fr. 3 000.– der Mietgerichtspräsident als Einzelrichter handeln; Guldener, ZPR, S. 423 N 6.

geltlichen Rechtsvertretung, sofern eine Mittellosigkeit vorzuliegen scheint.

2. Im schriftlichen Verfahren

Das schriftliche Verfahren¹⁴ wird mittels Einreichung der Weisung und einer Klagebegründungsschrift eingeleitet. Genügt die Klageschrift (sie hat mindestens eine verständliche und nachvollziehbare Problemdarlegung zu enthalten) nicht, ist der mangelhaft handelnden Partei gemäss § 130 ZPO Frist zur Mangelbehebung (unter Androhung des Nichteintretens im Säumisfalle) anzusetzen. Dieses Vorgehen eignet sich dort problemlos, wo der betreffenden Partei die Mangelbehebung ohne weiteres zugemutet werden kann (so bei rechtskundigen oder rechtskundig vertretenen Parteien). Da nun aber Nichteintreten angedroht wird (und nicht etwa nur Abstellen auf das konkrete Parteivorbringen), hat die Rückweisung zur Verbesserung auch gegenüber rechtskundigen oder rechtskundig vertretenen Parteien mindestens eine kurze Information hinsichtlich Art und Umfang der festgestellten Mangelhaftigkeit zu enthalten. Handelt eine rechtsunkundige Partei mangelhaft, ist ihr auch im schriftlichen Verfahren eine zumutbare Gelegenheit zur Mangelbehebung einzuräumen. Dies kann u.U. im Rahmen der Schriftlichkeit nicht ausreichend erfolgen, da die konkreten Fähigkeiten und Informationsbedürfnisse der betreffenden Partei nicht verlässlich erkennbar sind. In solchen Fällen ist daher auch im schriftlichen Verfahren eine Referentenverhandlung zur Vorbereitung oder Vereinfachung des Hauptverfahrens gemäss § 118 Abs. 1 ZPO anzuordnen¹⁵. Innerhalb dieses Informations- und Kommunikationsforums kann die bis zu diesem Konfliktbehandlungsstadium (auch im Sühnverfahren heutiger Ausgestaltung) fehlende normbezogene Optik hinsichtlich der Konfliktsproblemabgrenzung breits frühzeitig mittels richterlicher Information eingeführt werden. Dies nicht nur zur Vorbereitung oder Vereinfachung des Hauptverfahrens, sondern ebenso zum Nutzen der Meinungsbildung der Prozessparteien.

14 Dieses wird – mit Ausnahme des beschleunigten Verfahrens (§ 22 GVG), welchem ein betreibungs- oder konkursrechtliches Vorverfahren vorausgeht – vor dem Gerichtskollegium durchgeführt.

15 Erscheint alsdann eine Partei trotz richterlicher Lenkungsstätigkeit unfähig, ihre Sache selbst gehörig zu führen, ist nach § 29 Abs. 2 ZPO vorzugehen; vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 4 zu § 29 ZPO.

B. REFERENTENAUDIENZ NACH § 118 ABS. 2 ZPO

Sowohl im mündlichen wie auch im schriftlichen Verfahren kann zur Verdeutlichung, Ergänzung, Berichtigung oder Vereinfachung der *Parteivorbringen* (damit im Gegensatz zur Vereinfachung des *Hauptverfahrens*), insbesondere im Sinne von § 55 ZPO, eine Verhandlung vor dem Referenten durchgeführt werden. Dieses prozessuale Informations- und Kommunikationsforum dient damit dazu, den Parteien im Bereich der bindenden Kommunikation und Argumentation Gelegenheit zur Behebung von mangelhaften *Parteivorbringen* zu bieten. Verfahrensablaufmässig kann die Verhandlung vor dem Referenten nach § 118 Abs. 2 ZPO während des Hauptverfahrens, aber auch nach Abschluss desselben, d.h. bis zur Beendigung des Verfahrens¹⁶ nach pflichtgemäsem Ermessen des Richters¹⁷ angeordnet werden. Sie setzt jedoch ein bereits artikuliertes und beendetes *Parteivorbringen* voraus, ein Vorbringen, das aufgrund richterlicher Beurteilung und Auslegung¹⁸ entscheidungsrelevante Mängel aufweist. Da sich Art und Umfang solcher entscheidungsrelevanter Darlegungsmängel im kontradiktorischen Zivilprozessverfahren nicht allein aufgrund eines einzelnen *Parteivorbringens* feststellen lassen (diesbezüglich lassen sich nur Nachvollziehbarkeitsmängel im Sinne der Verständlichkeit monologischer Darstellungselemente eruieren), sondern nur aufgrund der Argumentation beider Parteien, bedarf die Referentenverhandlung nach § 118 Abs. 2 ZPO einer formal ausgewogenen Prozessgrundlage¹⁹.

Eine Referentenverhandlung hat damit auf einer formal chancengleichen Parteiaktivität aufzubauen und Gelegenheit zur Verbesserung

16 § 115 Ziff. 5 ZPO; Sträuli/Messmer, ZPO, N 7 zu § 115 ZPO.

17 Die Parteien haben keinen Anspruch auf deren Durchführung, vgl. S. 79 N 12.

18 Im Hinblick auf den Prozessbeschleunigungsgrundsatz hat die Auslegung der *Parteivorbringen* im mündlichen Verfahren hinsichtlich der Nachvollziehbarkeit des einzelnen Vortrages als solchen und in einfachen Fällen hinsichtlich der Nachvollziehbarkeit sowohl der monologischen als auch dialogischen Darstellungselemente sofort zu geschehen, die Gelegenheit zur Mangelbehebung ist der betreffenden Partei unmittelbar im Anschluss an ihr mangelhaftes Vorbringen einzuräumen. Im schriftlichen Verfahren durch informative Rückweisung zur Verbesserung gemäss § 130 ZPO.

19 Eine Verhandlung vor dem Referenten ist damit z.B. nach Klagebegründung und Klageantwort, nach Klagebegründung Replik und Klageantwort/Duplik oder nach Eingang der beidseitigen Beweisantragungsschriften anzusetzen; Guldener, ZPR, S. 176/77.

inhaltlich nicht gleichgewichtiger dialogischer Parteiaussagen einzu-räumen²⁰.

Soweit die Verhandlung vor dem Referenten während des Hauptverfahrens (z.B. vor Anordnung der Replik und Duplik)²¹ durchgeführt wird, hat sich die primäre Kommunikationslenkung und sekundäre Argumentationslenkung auf die Lenkungsmittel der Anknüpfung, Information und Aufforderung/Anweisung zu beschränken. Dies zumindest solange, als die Verhandlung vor dem Referenten der vollständigen Problembereichsabgrenzung dient. Nur für den Fall, dass der Sachverhalts- und Antragsbereich des Konflikts aufgrund der vorliegenden Parteiausführungen nachvollziehbar und vollständig erscheint, ist bereits in diesem frühen Verfahrensstadium mittels richterlicher Argumentationslenkung durch Befragung einzugreifen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich lediglich um eine vorläufige Vollständigkeit der Parteivorbringen handeln kann, da beiden Parteien mindestens noch je ein Äusserungsforum (Replik Duplik) zur Verfügung steht. Entsprechend zurückhaltend hat die Verfahrenslenkung durch richterliche Befragung auszufallen.

Wird in einem solch frühen Verfahrensstadium das unmittelbare Kommunikationsforum der Referentenverhandlung angeordnet, ist ihr eine Vergleichsverhandlung anzuschliessen, sofern eine – wenn auch nur geringe jedoch ernsthafte – Vergleichschance gesehen werden kann²².

Nach Abschluss des Hauptverfahrens soll die Referentenverhandlung nur noch der Präzisierung (Klarheit Bestimmtheit) der Parteivor-

20 Um das Bild der vielfach verwendeten Justitia mit Waage heranzuziehen: die formale Verfahrensgerechtigkeit bedeutet etwa, dass beide Waagschalen das gleiche Fassungsvermögen aufweisen, die materielle Verfahrensgerechtigkeit, dass beide Parteien ohne Ansehen ihrer Person dasselbe Wägegut verwenden können.

21 Dieses Vorgehen ist insbesondere in handelsgerichtlichen Prozessen üblich (vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 1 zu § 118 ZPO; Levi, a.a.O., S. 255), wobei aber ihr Vergleichsverhandlungscharakter vorherrschend ist (vgl. Anhang: ca. 60% aller Erledigungen erfolgen vor Abschluss des Hauptverfahrens durch Vergleich, Klagerückzug oder Klageanerkennung, wobei allein die Vergleiche ca. 50% aller Erledigungen ausmachen).

Guldener, ZPR, S. 176 "Dass der Kläger, schon bevor der Beklagte seinen Standpunkt dargelegt hat, sich darüber ausspreche, inwiefern sich rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen verwirklicht haben oder nicht, kann von ihm nicht verlangt werden" und S. 424 Ziff. III 1.

22 Wie die Parteien nicht gegen ihren Willen zu einer Verhandlung vor dem Referenten vorzuladen sind (Strauli/Messmer, ZPO, N 2 zu § 118 ZPO), ist auch die Vergleichsverhandlung nicht als Druckmittel einzusetzen (zur Vergleichsverhandlung siehe hinten S. 83 ff).

bringen dienen. Zeigt sich in diesem späten Verfahrensstadium die Notwendigkeit einer Vervollständigung eines Parteivorbringens durch die Prozesspartei, ist der Gegenpartei Gelegenheit zur Äusserung zum ergänzten oder vervollständigten Parteivorbringen einzuräumen²³.

C. VERGLEICHsverhandlung

1. Zielsetzung

Im Gegensatz zum Hauptverfahren, zur Referentenverhandlung zur Vorbereitung oder Vereinfachung des Hauptverfahrens und zur Verhandlung vor dem Referenten während oder nach Abschluss des Hauptverfahrens dient die Vergleichsverhandlung nicht der Prozessgrundlagenerarbeitung sondern der Verarbeitung bereits Prozessstoff gewordener Konfliktsbereiche. Selbst wenn nun § 62 Satz 1 ZPO dem Richter ermöglicht "jederzeit" eine Vergleichsverhandlung durchzuführen und hinsichtlich inhaltlicher Ausgestaltung (mit Ausnahme der Protokollierungsvorschrift in § 144 Abs. 2 GVG) dieses Forums keine näheren Bestimmungen aufgestellt werden, setzt diese eine von den Parteien selbst ausreichend artikuliert Konfliktbasis voraus²⁴. Liegt eine solche Grundlage nicht vor, erscheint eine umfassende Erledigung des Konfliktes in seiner Gesamtheit oder in klar begrenzten Teilbereichen unmöglich²⁵.

Die Vergleichsverhandlung dient der Entfaltung der Parteiautonomie innerhalb des Prozessverfahrens. Im Rahmen des gewöhnlichen

23 Der Prozessbeschleunigungsgrundsatz gebietet dem Richter, vor Abschluss des Hauptverfahrens auf eine nachvollziehbare und vollständige Prozessgrundlagendarlegung hinzuwirken. Nach § 114 ZPO sind die Parteien grundsätzlich mit Behauptungen und Anträgen ausgeschlossen, die sie nicht mit ihrem letzten Vortrag oder ihrer letzten Rechtschrift "des Hauptverfahrens" vorgebracht haben; die Ausnahmen des § 115 ZPO sind eng auszulegen, vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 1 zu § 115 ZPO.

24 Guldener, ZPR, S. 393 "Durch den Vergleich wird stets der Streitgegenstand des Prozesses betroffen"; soweit in einer Vergleichsverhandlung auch Streitfragen "mit-erledigt" werden können, die nicht Prozessgegenstand bilden, sind Voraussetzungen und Umfang der richterlichen Handlungspflichtung nicht dieselben.

25 Die Grundlagen der Vergleichsverhandlung sind auf dem Wege der bindenden Kommunikation und Argumentation zu erarbeiten; in diesem Sinne ausreichend sind auch Parteivorbringen im Rahmen einer Referentenverhandlung nach § 118 Abs. 1 ZPO, damit kann an letztere bereits eine Vergleichsverhandlung angeschlossen werden.

Zivilprozesses (Rechtsverhältnisse die der freien Verfügbarkeit der Parteien unterliegen) bildet – innerhalb der Schranken der zwingenden materiellen Rechtsnormen²⁶ – Vergleichsgegenstand nicht nur der Anspruchsbereich eines Konfliktes, sondern auch der Sachverhaltsbereich eines Streitfalles. Im Gegensatz zur Anerkennung oder zum Rückzug geltend gemachter Ansprüche oder Sachverhaltsbehauptungen kommt Parteihandlungen nur dann Vergleichscharakter zu, wenn sie im Anspruchs- oder Sachverhaltsbereich eines Konfliktes auf beidseitigen Konzessionen beruhen²⁷. Den Charakter eines Vergleiches trägt jedoch insbesondere auch eine Vereinbarung der Parteien, der Richter solle nach billigem Ermessen streitige Sachverhalts- oder Anspruchselemente entscheiden²⁸.

Durch den gezielten Einsatz des Kommunikationsforums der Vergleichsverhandlung kann die Konflikterledigung durch die Parteien selbst erreicht oder die Konfliktsentscheidung auf den Bereich des Wesentlichen reduziert werden. Der richterlichen Lenkungsstätigkeit kommt im Rahmen dieses weitgehend freien Diskussions- und Argumentationsforums massgebliche Bedeutung hinsichtlich der Suche nach einer gerechten und billigen, d.h. dem Gesetz entsprechenden und gleichzeitig den Interessen der Parteien dienenden Teil- oder Gesamtlösung zu.

1.1 Im Anspruchsbereich

Aufgrund der der Privatautonomie entsprechenden prozessualen Parteiautonomie, welche sich in der Dispositionsmaxime niederschlägt, steht es den Parteien im Rahmen des gewöhnlichen Zivilprozesses – innerhalb der Schranken der zwingenden materiellen Normen – frei, durch gegenseitige Konzessionen hinsichtlich behaupteter, potentieller Rechtsansprüche den Konflikt zu erledigen. Der Vergleich kann den gesamten Anspruch, aber auch nur Teile desselben erfassen. Als

26 § 188 Abs. 3 ZPO: „... wenn die Erklärung zulässig und klar ist“; Bosshardt, vom zürcherischen Prozessvergleich, SJZ 31 S.246: „Der Inhalt eines Vergleiches muss zivilrechtlich zulässig sein, er darf weder einen unmöglichen, noch einen widerrechtlichen, noch einen unsittlichen Inhalt haben (Art. 20 OR)“; zur Theorie des Prozessvergleichs vgl. Studer, a.a.O., S. 145 ff und Meier, a.a.O., S. 91 ff.

27 Guldener, ZPR, S. 393.

28 Guldener, ZPR, S. 158-59 sog. Verfahren zu geschlossenen Händen; dieses Vorgehen muss auch bei Fehlen entsprechender Verfahrensbestimmungen zulässig sein (z.B. im Kanton Zürich), so auch Meier, a.a.O., S. 125-127.

Gegenstände der beidseitigen Konzessionen kommen nun nicht nur Anspruchsinhalte in Betracht, sondern auch andere Rechts- und Tatsachenbehauptungen eines rechtshängigen Konfliktes²⁹. Anspruchsteilen können damit durchaus auch Sachverhaltselemente gegenübergestellt werden (z.B. teilweiser Verzicht auf geltend gemachte Werkmängel gegen teilweise Anerkennung der geltend gemachten Werklohnforderung und Fortsetzung des Prozessverfahrens hinsichtlich der nicht vergleichsweise lösbaren streitigen Sachverhalts- und Anspruchsbereiche). Gelingt keine umfassende Streiterledigung im Rahmen der Vergleichsverhandlung, stellt der Teilvergleich ein wichtiges Mittel zur Verwesentlichung der streitigen Anspruchsgrundlagen und damit zur Vereinfachung sowie Beschleunigung des Prozessverfahrens dar.

1.2 Im Sachverhaltsbereich

Ausdruck der Parteiautonomie ist auch die im gewöhnlichen Zivilprozess geltende Verhandlungsmaxime. Danach steht es den Parteien frei, Tatsachen zu behaupten oder behauptete Tatsachen auch wieder zurückzuziehen³⁰. Im Rahmen eines prozessualen Vergleichs können damit die Prozessparteien gegenseitig Konzessionen dergestalt einräumen, dass die eine Partei rechtsbegründende, die andere rechtshindernde Behauptungen des Sachverhaltsbereichs eines Konfliktes zurückzieht oder eine Lebensvorgangsdarlegung eingeschränkt und diese sodann als richtig anerkannt wird (z.B. teilweiser Verzicht auf geltend gemachte Werkmängel und teilweise Anerkennung der rechtzeitigen Rüge sowie Mangelhaftigkeit bestimmter weiterer Werkmängel, Fortsetzung des Prozessverfahrens hinsichtlich der nicht vergleichsweise lösbaren streitigen Sachverhaltsbereiche). Die vergleichsweise umfas-

29 So nennt z.B. Guldener, ZPR, S. 394 unter lit. 1c den vergleichsweisen Verzicht auf die Erhebung einer Einrede; zum Verzicht auf die Anwendung von Rechtsnormen vgl. Meier, a.a.O., S. 91 ff; zu Recht bejaht Walder, ZPO, S. 145 N 12 die Möglichkeit hinsichtlich Haupt- bzw. Widerklage einen Teilvergleich abzuschliessen und über Wider- bzw. Hauptklage den Prozess weiterzuführen.

30 Guldener, ZPR, S. 160/61 Begründung und Aufhebung von Tatsachenbehauptungen sind im allgemeinen der freien Entschliessung der Konfliktsbeteiligten anheimgestellt; das Gericht darf nur solche Tatsachen seinem Urteil zugrundelegen, die von einer Partei im Prozess behauptet und bis zum Schluss des Verfahrens aufrechterhalten worden sind; soweit zugestandene Tatsachen rechtserheblich sind, müssen sie dem Urteil zugrundegelegt werden, auch wenn sie sich nicht verwirklicht haben sollten; nur von den Parteien bezeichnete Beweismittel für bestrittene Behauptungen sind dem Beweisverfahren grundsätzlich zugrundeulegen.

sende oder teilweise Einigung hinsichtlich umstrittener Sachverhaltsdarlegungen stellt ein wichtiges Mittel zur Bereinigung der streitigen Sachverhaltsgrundlagen (dadurch kann ein Beweisverfahren ganz oder teilweise hinfällig werden) und damit zur Vereinfachung sowie Beschleunigung des Streitentscheidungsverfahrens dar.

2. Die Vergleichsverhandlung als prozessuales Informations- und Kommunikationsforum

Das der möglichst freien Entfaltung der Privatautonomie dienende Verfahrensforum der Vergleichsverhandlung stellt keine (materiell und formell) rechtsfreie Verfahrensenklave dar. Die Vergleichsverhandlung ist Bestandteil des Zivilprozessverfahrens und untersteht der Leitung und Lenkung durch den entscheidungsberufenen Richter. Aus der Tatsache, dass diesem Kommunikationsforum resp. den Vergleichsgesprächen für den weiteren Prozessverlauf keine Bindungswirkung zukommt und der Kommunikations- sowie Argumentationsablauf relativ formlos gestaltet werden kann³¹, darf nicht geschlossen werden, dass den fundamentalen Rechtsgrundsätzen (z.B. Schutz der Persönlichkeit, gute Sitten, Treu und Glauben), den zwingenden materiellen Rechtsnormen³² oder den grundlegenden Verfahrensnormen (z.B. rechtliches Gehör, Wahrung von Sitte und Anstand) innerhalb dieses Forums keine Bedeutung zukommt. Die Schutzfunktion des Zivilprozessverfahrens (Austragung von Konflikten innerhalb eines geordneten, sach- und parteigerechten Verfahrens) muss auch im Rahmen der relativ formfreien und nicht bindenden Vergleichsverhandlung zum tragen kommen³³.

So muss sich insbesondere auch eine unbeholfene und rechtsunkundige Partei darauf verlassen können, dass die Vergleichsverhandlung

31 § 144 Abs. 2 GVG, es ist nur das Verhandlungsergebnis zu protokollieren, eine abgelehnte Vergleichsofferte nur auf Begehren einer Partei; Kommunikations- und Argumentationsinhalte dürfen nicht aktenkundig und im Falle des Scheiterns der Vergleichsverhandlung nicht für den Entscheid verwendet werden.

32 Siehe S. 84 N 26.

33 Dieses Schutzes wird – wenn auch nicht hinsichtlich des Entstehungsvorganges sondern nur seines Ergebnisses – auch der aussergerichtliche Vergleich teilhaftig, ist dieser doch einerseits dem Richter in extenso mitzuteilen (Walder, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, S. 152, 154-155) und muss er, sofern er einen offensichtlich unmöglichen, widerrechtlichen oder unsittlichen Inhalt aufweist, vom Richter zurückgewiesen werden.

sowohl verfahrensablaufmässig als auch hinsichtlich ihres Ergebnisses “rechtens” durchgeführt wird und nicht ihrerseits den Keim eines neuen Konfliktes in sich trägt³⁴. Dementsprechend haben die Parteihandlungen ausgestaltet zu werden. Zeichnet sich ein Überschreiten dieser Schranken seitens einer Partei oder beider Parteien ab, hat die richterliche Informations- und Lenkungspflicht einzugreifen.

Auch im Rahmen der prozessualen Vergleichsverhandlung kommt die entscheidende Handlungsobliegenheit den Parteien zu, nur im Umfang ihrer übereinstimmenden Handlungsaktivität kann ein verfahrensbestimmender Vergleichsabschluss zustande kommen. Auf dem Wege zu einer vollumfänglichen oder partiellen Einigung im Sachverhalts- und/oder Anspruchsbereich kommt dem Richter grundsätzlich wiederum nur – im Gegensatz zur bindenden Kommunikation jedoch eine erheblich weitergehende – vermittelnde, lenkende Funktion zu³⁵. Gegen den Willen der Parteien darf der Richter keine eigene beherrschende oder bestimmende Handlungsaktivität auf dem Wege der Vergleichsverhandlung in das Prozessverfahren einführen. Aufgrund übereinstimmender Willensäußerung können jedoch die Parteien im Rahmen der Vergleichsverhandlung dem Richter die umfassende Handlungsaktivität überlassen, wenn sie sich hinsichtlich bestimmter streitiger Sachverhalts- oder Anspruchselemente dem Billigkeitsentscheid des Richters zum vornherein unterziehen³⁶. Gerade der bewusste Einsatz des Billigkeitsentscheides hinsichtlich streitiger Nebensache kann zu einer massgeblichen Verwesentlichung und Beschleunigung des Prozessverfahrens dienen.

3. Information in der Vergleichsverhandlung

Da die Vergleichsverhandlung der Verarbeitung bestehender Prozessgrundlagen dient, ergeben sich seitens der Parteien situationsspezifische

34 Bosshardt, a.a.O., S. 247 linke Spalte.

35 Siehe S. 31, 47.

36 Siehe S. 84 N 28; so kann es dem Richter im Rahmen der Vergleichsverhandlung auch nicht verwehrt sein, in bestimmten Fällen (z.B. für beide Parteien unabhängig vom Prozessausgang zum Streitwert in keinem vernünftigen Verhältnis stehende Prozessführungsaufwendungen) die Parteien informativ auf diese Möglichkeit aufmerksam zu machen.

sche Informationsbedürfnisse. (Be-) Wertungsfragen (z.B. hinsichtlich sachverhaltsmässiger Beweisprobleme oder normanwendungsbedingter Anspruchs- resp. Antragsprobleme) erlangen vernehmliche Bedeutung. Weit stärker als das Informationsbedürfnis hinsichtlich der Vergleichsbereitschaft der Gegenpartei und deren Umfang tritt auf der Seite beider Prozessparteien ein Informationsbedürfnis hinsichtlich der richterlichen Ansicht und Wertung des vorliegenden Prozessstoffes hervor³⁷. Der Informationsvermittlung im Rahmen der Erfüllung dieses Informationsbedürfnisses durch den Richter kommt im Hinblick auf die Pflege von Vergleichsgesprächen ausschlaggebende katalysatorische und lenkende Wirkung zu.

Viel weitergehend als im prozessual bindenden Kommunikationsbereich (zwecks Ermöglichung einer sach- und parteiengerechten Problemgrundlagenerarbeitung) vermag die sowohl zurück- als auch vorausschauende (zwecks Ermöglichung einer sach- und parteiengerechten Problemgrundlagenverarbeitung) richterliche Informationsvermittlung³⁸ die Meinungsbildung der Prozessparteien zu erleichtern³⁹. Dabei hat sich jedoch die richterliche Information im Rahmen des Vergleichsforums grundsätzlich solange an den von den Parteien artikulierten Sachverhalts- und Anspruchsbereich zu halten, als nicht die Parteien

37 Levi, a.a.O., S. 255 "Wir verraten indessen wohl kaum ein Geheimnis, wenn wir feststellen, dass ein Schwergewicht der Referentenaudienzen nicht auf diesem formellen Teil liegt, sondern auf dem anschliessenden zweiten Teil, der dazu dient, in freiem Gespräch nach einer Verständigungslösung zu suchen. Dieser zweite Teil der Referentenaudienz geht so vor sich, dass Instruktionsrichter und Fachreferent den Parteien ihre vorläufige Auffassung hinsichtlich der streitigen Tat- und Rechtsfragen darlegen, unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass diese Darlegungen für die spätere Urteilsberatung nicht präjudiziell sein können"; dabei ist jedoch zu beachten, dass dieser "zweite Teil der Referentenaudienz" eben eine Vergleichsverhandlung darstellt, die nach § 118 Abs. 3 ZPO mit einer Referentenaudienz "verbunden" werden kann; eine beidseitige grundlegende Vergleichsbereitschaft und ein erkennbares Bedürfnis nach richterlicher Information muss jedoch vorliegen.

38 Zurückschauend ist sie deshalb, weil sie auf einer breits von beiden Parteien artikulierten Informationsgrundlage aufbaut, vorausschauend (damit aber immer auch in gewissem Sinne spekulativ) ist sie deshalb, weil zu erwartende Probleme (z.B. Beweisführungsrissen, Entscheidungsrisiken, Kostenrisiken, Vollzugsrisiken usw., vgl. Levi, a.a.O., S. 256/57) bereits mitberücksichtigt werden.

39 Dass die Parteien allenfalls nach einem Scheitern der Vergleichsverhandlung die in deren Rahmen vermittelte – unpräjudizielle und nicht aktenkundige – richterliche Information verwenden können, kann kaum bedenklich sein, einerseits schränkt diese problemverarbeitende Informationsvermittlung die problemverarbeitende Parteilaktivität nicht ein, andererseits kommt ihr für die weitere Verfahrensgestaltung durch die Parteien positive lenkende Wirkung zu.

selbst Anstoss zur Diskussion ausserhalb dieser Grenzen liegender Streitpunkte (welche ebenfalls "miterledigt" werden können) geben⁴⁰.

Als Informationsvorgang im Rahmen der Vergleichsverhandlung tritt die Darlegung der vorläufigen Auffassung hinsichtlich der streitigen Tat- und Rechtsfragen sowie konkreter Konfliktlösungsmöglichkeiten in Erscheinung. Die richterliche Verfahrensleitung und -lenkung innerhalb der Vergleichsverhandlung ist solange zulässige Information, als sie offen bleibt, d.h. auf die Parteiaktivität keine einengende und bestimmende Wirkung ausübt.

Die prozessgrundlagenverarbeitende Informationsvermittlung im Rahmen der Vergleichsverhandlung ist keine unbegrenzte richterliche Beratung der Parteien hinsichtlich der Durchsetzung ihrer eigenen Interessen (im Gegensatz zur bindenden prozessualen Kommunikation darf hier der richterlichen Lenkungsstätigkeit innerhalb des von den Parteien bereits artikulierten Konfliktbereichs ein gewisser Beratungseffekt zukommen⁴¹).

Das richterliche Eigeninformationsbedürfnis richtet sich auf eine klare und bestimmte – im Hinblick auf eine vollumfängliche Konfliktserledigung auch vollständige, im Rahmen eines Teilvergleichs klar abgrenzenden – Willenskundgabe der Parteien hinsichtlich der getroffenen Vereinbarung⁴². Die richterliche Informationspflicht besteht auch bezüglich Vergleichsformulierungsschwierigkeiten der Parteien.

4. Kommunikation und Argumentation in der Vergleichsverhandlung

4.1 Ausgangslage

Steht im Bereich der bindenden, für die richterliche Konfliktsentscheidung verwendbaren Kommunikation und Argumentation als Problemgrundlagen erarbeitender Vorgang im Vordergrund, irrationale Inhalte

40 Solche, im Rahmen einer Vergleichsverhandlung auftauchende weitere Streitprobleme können nach einem Scheitern der Vergleichsverhandlung nur unter den Voraussetzungen der Klageänderung nach § 61 Abs. 1 ZPO resp. Widerklageerhebung nach § 15 und § 60 ZPO zum Prozessgegenstand gemacht werden.

41 Siehe S. 42.

42 § 188 Abs. 3 ZPO "Auf Grund einer Parteierklärung, insbesondere eines Vergleichs, wird der Prozess erst erledigt, wenn die Erklärung zulässig und klar ist"; Walder, ZPO, S. 253/54, derselbe, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, S. 152 f.

möglichst weitgehend auszuschliessen, lebt das Kommunikations- und Argumentationsforum der Vergleichsverhandlung als spezielle Art der Problemgrundlagenverarbeitung geradezu von der Irrationalität. Je früher im Verfahrensablauf eine Vergleichsverhandlung angeordnet wird, desto stärker treten irrationale Sprachverwendungsinhalte in den Vordergrund⁴³. Erfolgt deren Durchführung vor dem Beweisverfahren⁴⁴, liegt als Grundlage der Problemverarbeitung insbesondere eine umstrittene, ungeklärte Wirklichkeitsdarstellung und oder eine streitige Anspruchsgrundlage vor. Spekulativen und damit irrationalen Anstrich erhält die Problemverarbeitung namentlich dann, wenn kein verlässliches Tatsachensfundament für die Beurteilung des Konfliktes zur Verfügung steht. Sind – im Falle einer unumstrittenen Tatsachenlage – lediglich Anspruchsinhalte (damit allein Normanwendungs- resp. Rechtsfragen) streitig, stellt die vorläufige Beurteilung des Konfliktes durch den Richter eine vorgezogene Entscheidungsfällung dar (diese Ausgangslage soll im weiteren nicht im Vordergrund stehen)⁴⁵.

Dient das Haupt- und Beweisverfahren der Erzielung einer möglichst sicheren und verlässlichen Entscheidungsgrundlage, bezweckt die Vergleichsverhandlung die Überbrückung bestehender unsicherer und nicht verlässlicher Konflikts Elemente, resp. Prozessrisiken. Je weniger rationale Kommunikations- und Argumentationsinhalte⁴⁶ zur Verfügung stehen, desto grösseres Gewicht kommt der Wirkung und Wirksamkeit der Sprachverwendung zu. Im Rahmen des Vergleichsgesprächs tritt neben die informative Wirkung der Sprachverwendung (Artikulation einer Lösungsmöglichkeit) augenfällig die rhetorische Wirkung der Sprachverwendung (Darlegung der Begründung eines Lösungsvorschlages). Wirkung und Wirksamkeit der Sprachverwendung im Rahmen der Vergleichsverhandlung ist wesentlicher direkter (sie richtet sich an den oder die Streitbeteiligten) als im Bereich der bindenden, Prozessgrundlagen erarbeitenden Kommunikation und Ar-

43 Siehe S. 10 ff.

44 Die Ordnungsvorschrift von § 62 Satz 2 ZPO verlangt dies.

45 Durch das richterliche Tätigwerden im Rahmen der Vergleichsverhandlung gelangt damit ein Element der Anspruchsprüfung in das Prozessverfahren. Die Erledigung des Streitfalles aufgrund eines Vergleichs (aber auch Klagerückzuges oder Klageanerkennung) nach durchgeführter richterlich geleiteten und gelenkten Vergleichsverhandlung erscheint nur insofern als Prozess erledigung ohne Anspruchsprüfung, als keine umfassende und abschliessende Anspruchsprüfung durch den Richter vorgenommen wird und die entscheidende Handlungsaktivität den Prozessparteien obliegt.

46 Siehe S. 8 ff.

gumentation (sie wickelt sich auf der Ebene Partei – Richter ab und richtet sich nur indirekt an die Gegenpartei). Durch eine Auseinandersetzung mit den umstrittenen Prozessgrundlagen und deren sprachlich wirksame Darstellung kann eine direkte überzeugungsbildende oder überredende Wirkung erzeugt werden⁴⁷.

4.2 Überzeugende/überredende Argumentation der Parteien

Das Vergleichsgespräch der Prozessparteien im Rahmen artikulierter Sachverhalts- und/oder Anspruchsgegensätzlichkeiten dient der wechselseitigen Ansichts- resp. Meinungsmodifikation. Durch wirksame, ziel- und zweckgerichtete Sprachverwendung soll der Prozessgegner dazu gebracht werden, das eigene Wirklichkeits- und/oder Anspruchsverständnis möglichst weitgehend zu übernehmen, diesem möglichst weitgehend zuzustimmen (und im selben Umfange von seinem Standpunkt abzugehen). Dieser Meinungsumschwung kann nun auf zwei Arten erzielt werden: mittels Überzeugung oder mittels Überredung. Als überzeugt erscheint der Gesprächspartner, wenn dessen Zweifel an der zu übernehmenden Darstellung völlig ausgeräumt werden können, und er sich mit dieser bewusst indentifiziert. Überredet erscheint er dann, wenn es gelingt, den bestehenden Zweifeln das Gewicht soweit zu nehmen, dass sie keine Zustimmungsbarrriere mehr bilden oder eine Situation zu schaffen, in welcher Zweifel an einer bestimmten Darstellung gar nicht erst entstehen können. Kann in der Überzeugung ein bewusster sowohl formaler als auch inhaltlicher Meinungskonsens gesehen werden, bleibt die Überredung bei einer lediglich formalen Zustimmung stehen⁴⁸.

Im Rahmen des geschützten Bereichs der Vergleichsverhandlung hat nun nicht nur das Ergebnis eines Vergleichsgesprächs (erzielter Meinungskonsens) hinsichtlich der zwingenden Bestimmungen des materiellen Rechts zulässig zu sein, sondern auch der zu diesem Ergebnis führende Weg. Die direkt wirkende gegenseitige Sprachverwendung der Prozessparteien darf innerhalb des prozessualen Forums der Vergleichsverhandlung nicht gegen fundamentale Rechtsgrundsätze ver-

⁴⁷ Siehe S. 18.

⁴⁸ Eine klare Trennung beider Wirkungsbereiche ist nicht möglich; siehe S. 17 N 57; Llewellyn, a.a.O., S. 102 "Auch wo Konflikt sich einstellt, gibt es die Erscheinung, dass sich einer einfach durchsetzt, der andere sich dreinfügt – ohne Gerede, ohne eigentliche Überlegung".

stossende Wirkung entfalten. Die Kommunikationsfreiheit (damit auch eine taktische Sprachverwendung) in diesem Verfahrensbereich kann nicht schrankenlos sein. Zeitigt eine taktische Sprachverwendung⁴⁹ zur Durchsetzung der eigenen Interessen einer Prozesspartei offensichtlich unzulässige Wirkung auf die Gegenpartei⁵⁰, folgt aus der richterlichen Prozessleitungs- und -lenkungspflicht eine Interventionspflicht des Richters. Dies unabhängig davon, ob die unzulässige rhetorische Einwirkung auf die Gegenpartei zu einem an sich zulässigen oder unzulässigen Ergebnis führt. Im ersteren Falle beschränkt sich die richterliche Intervention auf die Ausübung der Informationspflicht. Kommt trotz richterlicher Information ein zulässiges Ergebnis zustande, kann es vom Richter – selbst wenn es offensichtlich unvernünftig und unzweckmässig ist – nicht zurückgewiesen werden⁵¹.

Eine Rückweisung ist nur dann möglich, wenn ein auf unzulässigem Wege zustandegekommenes Vergleichsergebnis trotz richterlicher Informationspflichterfüllung einen unmöglichen, unsittlichen oder widerrechtlichen Inhalt aufweist⁵².

Die Grenze zwischen der unzulässigen und zulässigen taktischen Sprachverwendung in der Vergleichsverhandlung ist fließend. Aufgrund der aus der Privatautonomie folgenden Kommunikationsfreiheit muss eine überredend wirkende Sprachverwendung solange als zulässig erachtet werden, als sie nicht offensichtlich gegen fundamentale Rechtsgrundsätze verstösst und keinen offensichtlich unzulässigen Erfolg zeitigt⁵³. Die Abgrenzung der zulässigen von der unzulässigen taktischen Sprachverwendung bietet in der Vergleichsverhandlung insbesondere in jenen Fällen enorme Schwierigkeiten, in welchen nicht nur streitige Anspruchsbereiche, sondern umstrittene Sachverhaltsbereiche Diskussions- und Argumentationsgrundlage bilden. Soll nun aber auch das Forum der Vergleichsverhandlung sach- und parteiengerecht, insbesondere nach den Grundsätzen von Treu und Glauben

49 Siehe S. 18 N 62.

50 Z.B. Furchterregung, Drohung, Täuschung, Begründung und Ausnützung eines Irrtums usw.

51 Bosshardt, a.a.O., S. 248.

52 Studer, a.a.O., S. 37, 154; Guldener, ZPR, S. 394–396.

53 Z. B. Vertuschen von Problemen, Herunterspielen oder Übertreibung der Bedeutung von Tatsachen, Vereinfachung, Verdrängung, Ausweichen (bereits fragwürdig: Verwirrung, in Aussicht stellen nicht sachbezogener Konsequenzen); ZR 44 Nr. 61; dabei bietet der nunmehr auch in § 50 Abs. 1 ZPO enthaltene interpretationsbedürftige und interpretations zugängliche Grundsatz von Treu und Glauben keine sichere Handhabe.

(worin sowohl der Schutz des gegenseitigen Vertrauens als auch die Pflicht zu redlichem Prozessgebaren und damit auch ein gewisses Mass an gegenseitiger Rücksichtnahme enthalten ist)⁵⁴ durchgeführt werden, kommt den erkennbaren Wertungsfähigkeiten der Prozessparteien massgebliches Gewicht zu.

Wird eine unbeholfene oder rechtsunkundige Partei von der Gegenpartei offensichtlich als Folge ihrer entsprechenden Fähigkeitsdefizite zu einer unzweckmässigen oder unvernünftigen Konfliktlösung oder Konfliktsteilösung überredet, gebietet die Schutzfunktion des prozessualen Vergleichsforums die Ausübung der richterlichen Informationspflicht⁵⁵.

4.3 Überzeugende/überredende Argumentation des Richters

Eine die Handlungsaktivität der Parteien direkt beeinflussende Wirkung kommt der richterlichen Sprachverwendung dann zu, wenn die vorläufige Darlegung der richterlichen Auffassung über streitige Tat- und Rechtsfragen nicht nur informativen Charakter trägt, sondern konkrete Schlussfolgerungen im Sinne von Vergleichsvorschlägen enthält. Je konkreter der Gehalt und die Formulierung eines Vergleichsvorschlages ausfällt, desto stärkere Wirkung kommt der richterlichen Sprachverwendung zu und nähert sich dem Wirkungsbereich der Überredung⁵⁶. Da dem richterlichen Vergleichsvorschlag und dessen Begründung in gewissem Masse immer Autoritätscharakter zukommt, kann der richterlichen Sprachverwendung kaum jegliches überredende Wirkungselement genommen werden⁵⁷. Diese Tendenz tritt dort verstärkt auf, wo einer Prozesspartei die notwendigen Beurteilungsfähigkeiten fehlen, eine effektive, vom Bewusstsein getragene Überzeugung überhaupt nicht erreicht werden kann (v.a. im Anspruchsbereich eines Konfliktes).

54 Guldener, SJZ 39 S. 393; Messmer, Festschrift Guldener, S. 228.

55 Siehe S. 18; erst dann, wenn die Überredung trotz richterlicher Informationsvermittlung gelingt und zu einem unzweckmässigen oder unvernünftigen, nicht aber offensichtlich unzulässigen Vergleichsabschluss führt, kann dies dem Richter "recht" sein.

56 Z.B. der Richter eröffnet die Vergleichsverhandlung feierlich mit einem konkret formulierten Vergleichsvorschlag; er verbindet den Vergleichsvorschlag mit der Bemerkung, eine andere Lösung gebe es nicht oder "mehr liege nicht drin" usw.

57 Siehe S. 17 N 57.

Auch im Rahmen der Vergleichsverhandlung obliegt die entscheidende Handlungsaktivität den Prozessparteien. Diese darf nicht durch ein dominierendes Handeln des Richters aufgehoben werden“.

Kann der richterlichen Argumentation bereits situationsbedingt eine überredende Wirkung nicht völlig genommen werden, darf diese Wirkung nicht zusätzlich bewusst verstärkt werden. Dies ist insbesondere in jenen Fällen von wichtiger Bedeutung, in welchen ein Vergleichsvorschlag auf einer streitigen, dem Richter fremden Sachverhaltsgrundlage aufbaut. Hier beruhen Wertung und Schlussfolgerung auf einer massgeblich irrationalen Basis (Gefühl, allgemeine Lebenserfahrung, Mutmassung, Schätzung, Deutung), es stehen zuwenig verlässliche sachverhaltsbezogene Fakten für die Argumentationsführung zur Verfügung.

Soll damit auch im Rahmen der Vergleichsverhandlung der Parteiaktivität entscheidende Bedeutung zukommen, hat der Richter – wie im Bereich der Prozessgrundlagen erarbeitenden Lenkungsstätigkeit – eine Lenkungsstrategie zu befolgen.

4.4 Richterliche Lenkungsstrategie in der Vergleichsverhandlung

Die vermittelnde richterliche Tätigkeit hinsichtlich der Prozessgrundlagen verarbeitenden Parteiaktivität hat in einer ersten Stufe ausschliesslich informativ und in Bezug auf den Meinungsbildungs- und Meinungsmodifikationsprozesses der Parteien offen zu sein. Die informative Darlegung der vorläufigen und nicht präjudiziellen richterlichen Auffassung innerhalb der umstrittenen Sachverhalts- und/oder Anspruchsbereiche hat die erkennbaren Wirklichkeits- und Wertungshypothesen sowie Schlussfolgerungsalternativen aufzuzeigen. Aufgrund einer solchen offenen Lokalisierung und Artikulierung erkennbarer Problemverarbeitungsschwierigkeiten und -alternativen ist den Prozessparteien in einer zweiten Phase Gelegenheit zur Diskussion dieser Vergleichsgrundlagen einzuräumen“.

In einer dritten Stufe kann

58 Auch und gerade in der Vergleichsverhandlung kommt der richterlichen Lenkungsstätigkeit vermittelnde Funktion zu, vgl. S. 49 N 65.

59 Es soll nicht nur eine bereits konkretisierte, die Parteiaktivität einengende Vergleichslosung im Zentrum der Diskussion stehen: diskutiert werden müssen Vergleichsmöglichkeiten, nicht eine bestimmte richterliche Auffassung.

alsdann – unter Einbezug der Ergebnisse der Vergleichsgespräche⁶⁰ – ein konkreter richterlicher Vergleichsvorschlag den Parteien vorgelegt werden.

Die unmittelbare Kommunikation und Argumentation innerhalb des Vergleichsverhandlungsforums zeitigt vielfach eine Überraschungswirkung⁶¹.

Sie lässt situationsbedingt der einzelnen Partei wenig Zeit für umfassende Überlegungen⁶². Um eine offenkundig negativ wirkende Überraschung auszuschalten, bietet sich die praktisch äusserst wichtige Möglichkeit des Vergleichsabschlusses unter Widerrufs- oder Zustimmungsvorbehalt⁶³.

D. HAUPTVERHANDLUNG

Das Forum der mündlichen Hauptverhandlung⁶⁴ dient der Erarbeitung der Prozessgrundlagen und bietet unmittelbar Gelegenheit zur Erfüllung der richterlichen Informations-, Leitungs- und Lenkungspflicht im Rahmen der bindenden Kommunikation und Argumentation der Prozessparteien⁶⁵. Vom Grundsatz der kommunikativen und dialogischen Unmittelbarkeit darf nur dann abgewichen werden⁶⁶, wenn dadurch für keine Prozesspartei eine Erschwerung der Prozessführung eintritt⁶⁷.

60 Vor der Vergleichsverhandlung seitens des Richters ins Auge gefasste Lösungsmöglichkeiten sollen nicht starr verfolgt werden, sondern durch die Parteiaktivität ebenfalls modifizierbar sein (z.B. durch Teilzugeständnisse beider Parteien im Sachverhalts- oder Anspruchsbereich, durch neue, vom Richter nicht beachtete Aspekte; vgl. Levi, a.a.O., S. 256 linke Spalte "...so ist es keine Schande, sich von besseren Argumenten überzeugen zu lassen").

61 Wyss, a.a.O., S. 48 und dort zit. Lit.; Guldener, ZPR, S. 415; gerade die Überraschung ist ein wichtiger Anwendungsfall der Überredung; die Überraschung erzeugt eine Drucksituation und zeitigt sehr oft unüberlegte Spontanreaktionen, solchen Situationen entgegenzuwirken, ergibt sich aus der richterlichen Informationspflicht.

62 Die Überlegung aber ist Voraussetzung einer vom Bewusstsein getragenen Überzeugung.

63 Walder, Prozess erledigung ohne Anspruchsprüfung, S. 154.

64 Mündliches Hauptverfahren nach § 119 ff ZPO oder mündliche Replik und Duplik im schriftlichen Verfahren nach § 128 ZPO.

65 Siehe S. 19, 81 ff.

66 Durch Anordnung der Schriftlichkeit nach § 124 oder § 122 ZPO, durch Einreichen einer den Erfordernissen von § 113 ZPO genügenden Klagebegründungsschrift oder Anordnung des schriftlichen Verfahrens für Replik und Duplik nach § 128.

67 Sachliche Umstände (z.B. Komplexität des Falles, Abrechnungsprobleme) müssen die Schriftlichkeit erfordern, parteibezogene Umstände (z.B. Rechtskunde, Sachkunde) müssen die Schriftlichkeit ermöglichen; vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 1 zu § 124

E. BEWEISVERHANDLUNG

Die Beweisverhandlung dient der Erarbeitung sicherer Entscheidungsgrundlagen. Damit grenzt sich dieses Informations- und Kommunikationsforum einerseits vom Hauptverfahren (Erarbeitung der Prozessgrundlagen durch die Parteien), andererseits von der Vergleichsverhandlung (Verarbeitung bestehender – soweit noch keine Beweiserhebung durchgeführt wurde – nicht gesicherter Prozessgrundlagen durch die Parteien) ab⁶⁸. Entsprechend eingeschränkt ist deshalb die richterliche Informations-, Leitungs- und Lenkungspflicht innerhalb dieses Verfahrensforums. Das zürcherische Verfahrensrecht zeichnet sich nun im Bereich des Beweisverfahren durch eine institutionalisierte, antizipatorische Informationspflicht des Richters aus⁶⁹; das Beweisverfahren wird grundsätzlich durch den Beweisaufgabebeschluss des Gerichtes eröffnet⁷⁰. Die richterliche Beweisaufgabe enthält einerseits eine Information der Parteien über die entscheidungsrelevanten streitigen Tatsachenbehauptungen⁷¹, andererseits hinsichtlich der beidseitigen Beweislast.

Sie beruht auf einer richterlichen, durch die normbezogene Optik geprägten Prüfung der Prozessgrundlagen⁷². Dadurch erhält dieser Vorgang bereits Prozessgrundlagen verarbeitenden Charakter. Die

ZPO, Baumgärtel, a.a.O., S. 116 "Auch dem Richter kommt eine entscheidende Bedeutung bei der Überwindung der Sprachbarriere zu. In Zivilsachen konnte dies dadurch erreicht werden, dass die Gerichte das Mundlichkeitsprinzip, wie es die ZPO vorsieht, ernst nehmen und von dem in der Praxis weitgehend üblichen schriftlichen Verfahren, das für den Laien unverständlich ist, abgehen".

68 Sträuli/Messmer, ZPO, N 3 zu § 133 ZPO und dort zit. Lit. "das Beweisverfahren ist nicht dazu da, eine ungenügende Sachdarstellung zu vervollständigen (zit. Lit.)"; so dient auch eine ausnahmsweise Beweiserhebung von Amtes wegen nach § 142 Abs. 2 ZPO nicht der Korrektur von Säumnissen einer Prozesspartei (Sträuli/Messmer, ZPO, N 3 zu § 142 ZPO).

69 Meier, a.a.O., S. 154-55 bezeichnet diese – wie im übrigen auch die Rechtsmittelbelehrung – als "Vorausinformation".

70 § 136 ZPO; Guldener, ZPR, S. 425; zu den Ausnahmen (Beweiserhebung während des Hauptverfahrens, direkter Beweisaufnahmebeschluss) vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 1 und 2 zu § 134, N 1-4 zu § 141 ZPO.

71 Aber auch fremdes Recht, Gewohnheitsrecht, Handelsübungen und Ortsgebräuche (vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 6 zu § 133 und dort zit. Lit.).

72 Diese Prüfung setzt vollständige, klare und bestimmte Parteivorbringen voraus, was auch hinsichtlich der Beweiserhebung während des Hauptverfahrens nach § 134 Abs. 1 ZPO gelten muss; die Beweiserhebung darf nicht dazu dienen, sich die Kenntnis über bestimmte Tatsachen erst zu verschaffen oder Grundlagen für neue Behauptungen zu gewinnen, vgl. Lüderitz, a.a.O., S. 5 und dort zit. Lit.

Konkretisierung und Formulierung der einzelnen Beweissätze und die Verteilung der Beweislast stellen wertungs-, normanwendungsbedingte Schlussfolgerungen dar⁷³. Der richterlichen Tätigkeit im Rahmen der Eröffnung des Beweisverfahrens kommt nicht nur leitende, sondern in massgeblichem Masse lenkende Bedeutung zu. Die lenkende Wirkung ist zudem – neben dem informativen Gehalt – von Gesetzes wegen bestimmend (im Gegensatz zur Lenkungsstätigkeit im Rahmen der Erarbeitung der Prozessgrundlagen durch die Parteien). Die Parteiaktivität wird eingeeengt, eine Handlungsfreiheit der Parteien besteht nur noch darin, zu den einzelnen Beweissätzen Beweismittel zu offerieren⁷⁴.

Da nun aber auch die Beweisantrittungsschrift ein Parteivorbringen darstellt, ist einer mangelhaft handelnden Partei (z.B. ungenaue Zeugenbezeichnung, unklare Beweismittelbezeichnung⁷⁵) im Sinne von § 55 ZPO Gelegenheit zur Mangelbehebung einzuräumen⁷⁶.

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergibt sich im Rahmen der Beweisverhandlung nicht nur ein Teilnahmeanspruch der Parteien und ihrer Vertreter⁷⁷, sondern auch ein Mitwirkungsrecht. Als Korrelat zur Beweisführungsobliegenheit der Parteien muss ihnen die Möglichkeit zustehen, in Ergänzung zum richterlichen Tätigwerden auf dem Wege der Beweiserhebung diejenige Information in den Prozess einbringen zu können, die ihnen zur Stützung ihrer eigenen Standpunkte nützlich und zur Überzeugungsbildung des Richters notwendig erscheinen⁷⁸. Der Beweiserhebung kommt grundsätzlich viel stärkere Wirkung zu, als der – noch so geschickten sprachlichen – Darstellung des

73 Lüderitz, a.a.O., S. 8 “Beweisthema wie Beweisgegenstand sind Schlussfolgerungen, Tatsachenurteile”.

74 So ist ein Plädieren im Zusammenhang mit der Beweismittelbezeichnung nicht mehr zulässig.

75 Es wird etwa ohne nähere Substantiierung auf “bei den Akten liegende Geschäfts- oder Buchhaltungsunterlagen” verwiesen.

76 Entgegen Sträuli/Messmer, ZPO, N 4 zu § 137 ZPO erscheint kaum zulässig, ungenaue Beweismittelbezeichnungen als Totalsäumnis zu behandeln, dies zumal § 138 ZPO unter den Voraussetzungen von § 115 ZPO – welche Bestimmung in Ziff. 5 die richterliche Fragepflicht aufführt – sogar eine nachträgliche Beweismittelnennung zulässig erklärt (vgl. Sträuli/Messmer, ZPO N 3 zu § 138 “Es genügt vielmehr, dass einer der Fälle von § 115 gegeben ist, da kein Grund besteht, Säumnis im Beweisverfahren strenger zu behandeln als im Hauptverfahren”).

77 Sträuli/Messmer, ZPO, N 3 zu § 146.

78 Hauser, a.a.O., S. 20 der Beweis “ist die Summe derjenigen Prozesshandlungen, durch welche das Gericht die Überzeugung von dem Bestehen oder Nichtbestehen einer ungewissen oder strittigen Tatsache erlangen soll”.

Sachverhaltes im Rahmen des Hauptverfahrens. Da die der Beweiserhebung folgende Beweiswürdigung nach freier Überzeugung⁷⁹ in massgeblichem Umfange auf einer irrationalen, wertungsbedingten Basis beruht⁸⁰, kommt der Möglichkeit der Einflussnahme der Parteien auf die Beweiserhebung wichtige Bedeutung zu.

Mittel zur Entfaltung der Parteiaktivität im Rahmen der Beweisverhandlung stellen die Ergänzungsfragen an den persönlich befragten Prozessgegner, den Zeugen oder Sachverständigen dar⁸¹. Der Einflussnahme seitens der Parteien sind jedoch durch die bestimmend formulierten Beweissätze und den Beweisabnahmebeschluss Grenzen gesetzt. Durch die Artikulierung von Ergänzungsfragen darf weder das Beweisthema (abgegrenzt durch die einzelnen Beweissätze) gesprengt, noch zu den Prozessgrundlagen plädiert werden. In sinngemässer Anwendung des Grundsatzes der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO ist einer im Rahmen der Artikulierung von Ergänzungsfragen mangelhaft handelnden Partei (unklare, unbestimmte Formulierung der Ergänzungsfrage⁸²) durch Information und Kommunikationslenkung Gelegenheit zur Mangelbehebung einzuräumen⁸³.

79 § 148 ZPO; Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 5 ff; Strauß/Messmer, ZPO, N 4 zu § 148 ZPO, Hauser, a.a.O., S. 14 ff.

80 Guldener, Beweiswürdigung, S. 5.6 "Die richterliche Überzeugung wird aber nicht ausschliesslich durch Denkopoperationen gewonnen, sondern beruht auch auf irrationalen Vorgängen, an denen Temperament und Lebensanschauung mitbeteiligt sind. Wie ein Gedanke 'einfällt', kann sich die richterliche Überzeugung 'aufdrängen', d.h. die Quelle des Gedankens oder der Überzeugung braucht nicht im Bewusstsein zu liegen".

81 § 155, § 167, § 180 ZPO.

82 Da die Parteiaktivität im Rahmen der Beweisverhandlung nicht der Erarbeitung von Prozessgrundlagen dient, besteht keine Pflicht des Richters auf eine dialogisch vollständige Parteiäusserung hinzuwirken.

83 Weist der Richter eine mangelhaft formulierte Ergänzungsfrage, welche innerhalb des Beweisthemas liegt und nicht nur eine Wiederholung bereits gestellter Fragen darstellt, ohne Weiterung zurück, verletzt er das rechtliche Gehör der Prozesspartei; zur Protokollierung nicht zugelassener Ergänzungsfragen vgl. § 146 GVG.

F. STELLUNGNAHME ZUM BEWEISERGEBNIS (SCHLUSSVERHANDLUNG)

Als letztes Äusserungsforum im Rahmen des Prozessverfahrens steht den Parteien die mündliche oder schriftliche Stellungnahme zum Beweisergebnis zu⁸⁴. Dieses gehört dem Bereich der bindenden Kommunikation und Argumentation an, das Ergebnis kann damit für die richterliche Konfliktentscheidung verwendet werden⁸⁵.

Hingegen dient dieses Forum grundsätzlich nicht der Erarbeitung von Prozessgrundlagen⁸⁶, sondern einzig der Verarbeitung des Beweisergebnisses. Entsprechend eingeschränkt ist deshalb die richterliche Informations-, Kommunikationslenkungs- und Argumentationslenkungspflicht. Nur soweit das Parteivorbringen entscheidungsrelevante, die bestehenden Prozessgrundlagen tangierende Mängel aufweist (z.B. unklare, unbestimmte Zugeständnisse, Korrekturen, Berichtigungen als Schlussfolgerungen aus den Beweisergebnissen⁸⁷) entsteht eine richterliche, lenkende Handlungsverpflichtung. Im Rahmen dieses Äusserungsforums ergibt sich zudem die Gelegenheit, eine bisher nicht vorgenommene Anspruchsbezieferung nachzuholen⁸⁸.

G. DAS SÜHNVERFAHREN

1. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung

Das dem gewöhnlichen Zivilprozess vorausgehende Sühnverfahren⁸⁹ stellt von seiner Zielsetzung her ein äusserst wichtiges und frühzeitiges

84 § 147 ZPO; SJZ 40 S. 190 Nr. 117, 70 S. 317 Nr. 87.

85 Nach § 144 GVG sind die mündlichen Ausführungen im Rahmen dieses Forums zu protokollieren, vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 4 zu § 147 ZPO, so sind z.B. Zugeständnisse, Korrekturen, Berichtigungen bindend und für den Endentscheid verwertbar.

86 Neue Behauptungen oder Beweisangebote sind nur unter den einschränkenden Voraussetzungen der §§ 115 und 138 ZPO zulässig, vgl. Sträuli/Messmer, ZPO, N 3 zu § 147 ZPO.

87 Auch im Rahmen dieses Forums hat der Richter keine Pflicht, auf ein dialogisch vollständiges Parteivorbringen hinzuwirken, vgl. S. 98 N 82.

88 § 61 Abs. 2 ZPO; aus praktischen, prozessökonomischen Gründen ist die entsprechende Information und Aufforderung antizipatorisch auszugestalten; vgl. auch S. 22/23.

89 Hinsichtlich der direkten Klageerhebung ohne Sühnverfahren vgl. § 103 ff ZPO.

Informations- und Kommunikationsforum dar". Einerseits ist dieses Forum verfahrensrechtlich – wie die prozessuale Vergleichsverhandlung – weitgehend formlos und grundsätzlich mündlich ausgestaltet⁹⁰ und ermöglicht andererseits eine frühzeitige umfassende Diskussion der bestehenden Konfliktsbereiche. Gerade das – ausserhalb seiner Spruchkompetenz – Fehlen einer Entscheidungsbefugnis lässt den Friedensrichter als prädestiniertes Organ der Rechtspflege zur Erfüllung offensichtlicher Informations- und Kommunikationsförderungs- sowie Kommunikationslenkungsbedürfnisse der Konfliktparteien erscheinen. Im Gegensatz zum verfahrensleitenden und -lenkenden Richter hat der Friedensrichter den Konflikt schlussendlich nicht selbst zu entscheiden. Dadurch wird – im Gegensatz zur prozessualen Vergleichsverhandlung – vermieden, dass ein entscheidungsberufener Richter seine Ansicht – wenn auch nur vorläufig und unpräjudiziell – bekanntgibt, bevor der Prozessstoff in den sonst geltenden Formen abschliessend dargelegt worden ist⁹².

Die dem Friedensrichter auferlegte Handlungsverpflichtung erfordert eine Auseinandersetzung mit den im Rahmen der Sühnverhandlung artikulierten Parteivorbringen resp. dem dadurch geschaffenen Konfliktsbereich einerseits und eine Förderung bzw. Lenkung der dialogischen Auseinandersetzung der Konfliktparteien mit den grundlegenden, erkennbaren Konfliktsproblemen andererseits. Seiner Handlungsverpflichtung kommt der Friedensrichter nur dann nach, wenn er einen grundlegenden Meinungsbildungs- und Verständigungsprozess in Gang zu setzen vermag. Da es sich beim Gegenstand des Sühnverfahrens ebenfalls um einen Rechtsstreit handelt, kann ein effektiver sach- und parteiengerechter Sühnversuch nicht ohne jeglichen Einbezug einer normbezogenen Optik erfolgen. Ob eine Klage offenbar unbegründet oder ein Rechtsbegehren offensichtlich begründet erscheint, ergibt sich auch im Sühnverfahren allein aufgrund der seitens der Parteien artikulierten sachverhalts- und anspruchsbegre-

⁹⁰ § 97 Abs. 1 ZPO "der Friedensrichter trachtet danach, die Parteien auszusöhnen. Er sucht sie davon abzuhalten offenbar unbegründete Klagen zu erheben oder begründete Rechtsbegehren zu bestreiten"; Walder, ZPO, S. 387 "Aufgabe des Friedensrichters ist es nun, eine Aussöhnung der Parteien herbeizuführen zu trachten, damit der Prozess nach Möglichkeit im Keime erstickt werden kann"; Strauß/Messmer, ZPO, N 1 zu § 97 der Friedensrichter "kann aber die Parteien auf die Risiken des Prozesses hinweisen".

⁹¹ § 94 ZPO.

⁹² Guldener, ZPR, S. 420 N 2 lit c.

nen Konfliktgrundlage und einem auslegenden, wertenden Hin- und Herwandern des Blickes zwischen artikuliertem Sachverhalt und indizierter Norm. Ohne eine solche Grundlage erscheint ein Aussöhnungsversuch kaum aussichtsreich. Der friedensrichterlichen Tätigkeit im Rahmen der Konfliktdarstellung und -verarbeitung (welche letzteren im Gegensatz zur prozessualen Vergleichsverhandlung innerhalb desselben Forums stattfinden) muss – soll die Zielsetzung des Sühnverfahrens zum Tragen kommen – überzeugungs- bzw. meinungsbildende Wirkung zukommen. Sie darf sich nicht allein darin erschöpfen, das klägerische Rechtsbegehren auf irgend einem Wege in ein lediglich formales Korsett zu zwängen⁹³.

Aus der Tatsache, dass § 31 ZPO die Vertretung der Parteien vor dem Friedensrichter einschränkt und das Kriterium des Wohnsitzes im Bezirk enthält⁹⁴, kann nicht gefolgert werden, das Verfahrensrecht beabsichtige einen völligen Ausschluss der normbezogenen Optik im Rahmen der friedensrichterlichen Sühnverhandlung. Auch das dem gewöhnlichen Zivilprozess vorausgehende Sühnverfahren dient der sach- und parteiengerechten Konflikterledigung im Rahmen der geltenden Rechtsordnung. Sowohl sein Ergebnis als auch der dazu führende Weg darf – wie im Rahmen der prozessualen Vergleichsverhandlung – nicht unzulässig, widerrechtlich oder unsittlich sein⁹⁵. Damit hat bereits das – hinsichtlich des gewöhnlichen Zivilprozesses im übrigen zwingend vorgeschriebene – Sühnverfahren dieselben Garantien zu gewährleisten wie das Prozessverfahren. Dazu aber gehört auch das kompensatorische Tätigwerden des Friedensrichters durch Information und Kommunikationsförderung resp. -lenkung in jenen Fällen, in

93 § 95 ZPO Bezifferung des Streitwertes, § 98 Abs. 2 ZPO das Rechtsbegehren in bestimmte Form zu bringen; Wyss, a.a.O., S. 58; so weist z.B. die Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich im Kreisschreiben vom 9. Mai 1956 (ZR 56 Nr. 53 S. 81) die Friedensrichter an, einem Ehrverletzungskläger, der nicht imstande ist, die Anklageschrift inhaltlich richtig abzufassen, dabei behilflich zu sein. Es sollte nicht vorkommen, dass inhaltlich ungenügende und unvollkommene Anklageschriften dem Gericht eingereicht werden.

Geradezu pionierhaft erscheint in diesem Zusammenhang die gesetzlich normierte Beratungspflicht (auch ausserhalb eines Anfechtungsverfahrens!) der Schlichtungsstellen in Mietsachen (Art. 26 Abs. 1 Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972 in Verbindung mit Art. 15 der bundesrätlichen VO vom 10. Juli 1972).

94 Eine Bestimmung, die wohl angesichts der heutigen rechtsgeschäftlichen und persönlichen Beziehungsstrukturen als weitgehend überholt bezeichnet werden muss.

95 Siehe S. 92.

welchen Fähigkeitsdefizite der Konfliktparteien eine sach- und parteiengerechte Problemdarlegung und Problemverarbeitung verunmöglichen oder solche Fähigkeitsdefizite im Rahmen einer parteiautonomen Streiterledigung offensichtlich ausgenützt werden.

2. Praktische Ausgestaltung

Die derzeitige praktische Ausgestaltung der Friedensrichterämter⁹⁶ vermag hinsichtlich des gewöhnlichen Zivilprozesses die Zielsetzung des Sühnverfahrens weitgehend nicht mehr umfassend zu erfüllen⁹⁷. Angesichts der heutigen Komplexität des rechtsgeschäftlichen Handelns in fast allen Lebensbereichen, dessen eingehenden gesetzlichen Normierung und der für den einzelnen Bürger kaum mehr überblickbaren Konsequenzen desselben, erscheint eine sach- und parteiengerechte Aussöhnung der Konfliktparteien im Rahmen des friedensrichterlichen Sühnverfahrens ohne Einbezug der normbezogenen Optik kaum mehr möglich. Fehlt letztere in der vermittelnden Tätigkeit des Friedensrichters, wird der Aussöhnungsvorgang weitgehendst auf den irrationalen Argumentationsbereich der gefühlsmässigen Wertung reduziert⁹⁸.

Der Einfluss des Gefühls, der Intuition ist im Rahmen der Sühnverhandlung – aber auch der prozessualen Vergleichsverhandlung⁹⁹ – solange unbedenklich, als es sich dabei nicht um irgendeine subjektive

96 Vgl. jährliche Rechenschaftsberichte des Obergerichts und des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich unter der Rubrik "Friedensrichter" (in der überwiegenden Mehrzahl der zürcherischen Gemeinden ist das Amt des Friedensrichters durch – ausserhalb der Stadt Zürich nebenamtlich tätige – juristische Laien besetzt).

97 Dies deutet auch Guldener, ZPR, S. 420 N 2 lit. e an: "Nicht zu verkennen ist aber, dass ein Sühnverfahren eher Aussicht auf Erfolg hat, wenn es vor einem qualifizierten Gerichtsbeamten durchgeführt wird"; vgl. auch Walder, ZPO, S. 59 "Mit der Zeit, im Hinblick auf die Schwierigkeit, geeignete Anwärter zu finden, wird sich die Frage stellen, ob mehrere Gemeinden zusammen einen Friedensrichter einsetzen sollen".

98 Siehe S. 10/11. Dieselbe Problematik ergibt sich im Bereich des gewöhnlichen Zivilprozesses grundsätzlich auch hinsichtlich des verfahrensleitenden Laienrichters (wobei dieser – im Gegensatz zum Friedensrichter – einen mit der normbezogenen Optik vertrauten Kanzleibeamten zur Seite hat).

99 Ja sogar der richterlichen Entscheidung, welche niemals ohne diesen Einfluss bleiben wird (vgl. z.B. die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 148 ZPO als Grundlage für die Entscheidfällung); Hinderling, a.a.O., S. 166 "Die Aufgabe, das Rechtsgefühl 'aller billig und gerecht Denkenden' zum Ausdruck zu bringen, erfüllt der Richter als Exponent des gesellschaftlichen Bewusstseins, in welchem er gebunden ist."

Grundhaltung handelt, sondern diese in der geltenden Rechtsordnung verankert und damit gleichsam objektiviert ist. Solange jedoch der Einfluss des weitgehend subjektiv geprägten Gefühls im Rahmen des Sühnverfahrens überwiegt, die normbezogene Optik mittels Information und Kommunikationslenkung damit nicht bereits in diesem frühen Konfliktbehandlungsstadium in das Aussöhnungsverfahren eingebracht werden kann¹⁰⁰, erhält und behält die richterliche Information und Kommunikationslenkung im erstinstanzlichen Zivilprozessverfahren fundamentale Bedeutung als Garantie für eine sach- und parteiengerechte Konfliktserledigung im Rahmen der geltenden Rechtsordnung.

100 Bereits heute können ca. 50% aller gewöhnlichen Zivilstreitigkeiten im Sühnverfahren durch Vergleich, Rückzug oder Anerkennung erledigt werden; durch eine effiziente Ausgestaltung des Sühnverfahrens könnte m.E. ein grosser Teil der beim erstinstanzlichen Richter durch Beschluss oder Verfügung (mit oder ohne Verhandlung) erledigten Konflikte bereits im Sühnverfahren ihr Ende finden (vgl. Anhang). Nicht zuletzt diene dies einer Entlastung der Gerichte und einer Verwesentlichung des gesamten Prozessverfahrens.

Ausblick

Im Rahmen dieser Arbeit wurde versucht, die Bedeutung der prozessualen Information und Kommunikation als Garantie einer sach- und parteiengerechten Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung aufzuzeigen. Ein wichtiger Komplex konnte nicht behandelt werden: der Bereich der vorprozessualen Information. Die Probleme des "meaningful access to the court" (vorprozessuale formelle Rechtsweginformation, materielle Rechtsinformation, Prozess- und Kostenrisiken usw.) und die Stellung der Justizorgane im vorprozessualen Bereich stehen im engen Zusammenhang mit den hier behandelten prozessualen Informations- und Kommunikationsproblemen. Solange diese Problematik nicht aufgearbeitet ist, die Möglichkeiten einer effizienteren Ausgestaltung des friedensrichterlichen Sühnverfahrens nicht ausgeschöpft werden, kommt dem kompensatorischen Tätigwerden des Richters im Rahmen des Prozessverfahrens weiterhin fundamentale Bedeutung im Hinblick auf die Garantie einer sach- und parteiengerechten Rechtsdurchsetzung und Rechtsverwirklichung zu.

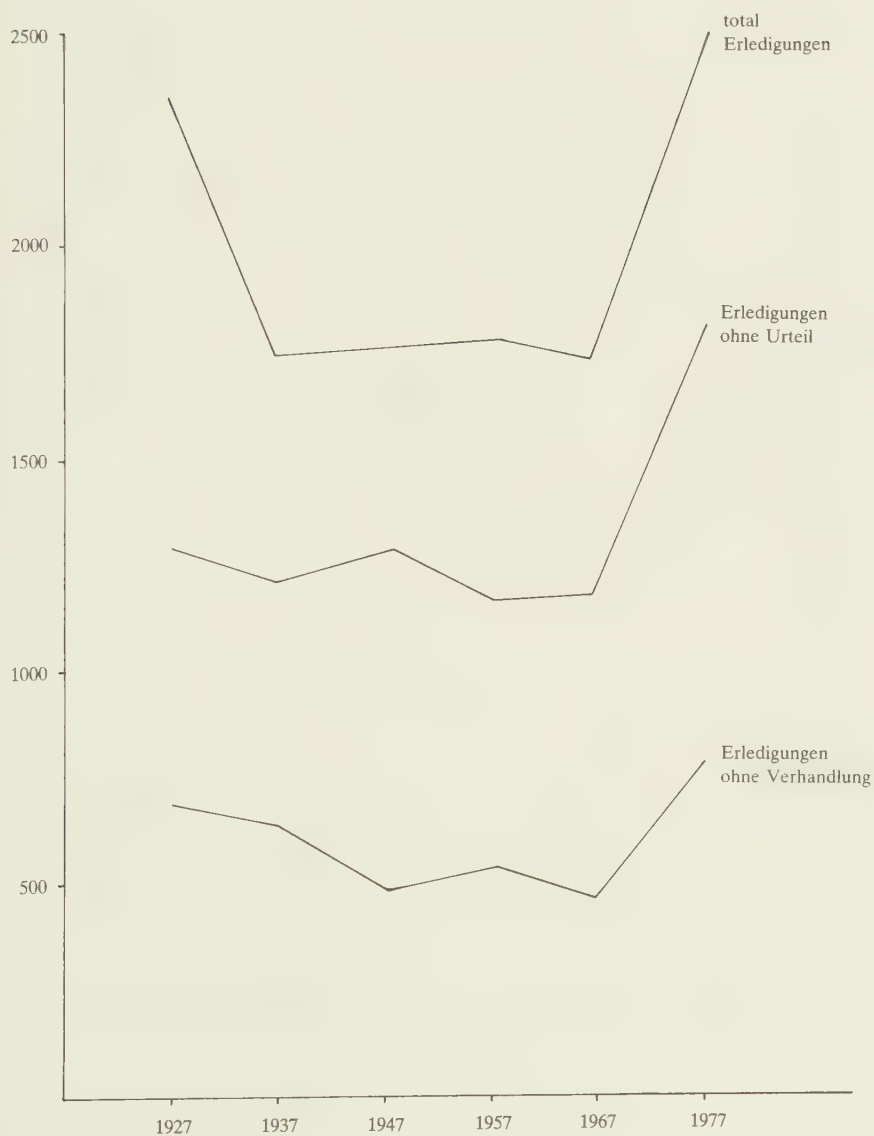
ANHANG

Statistische Übersicht

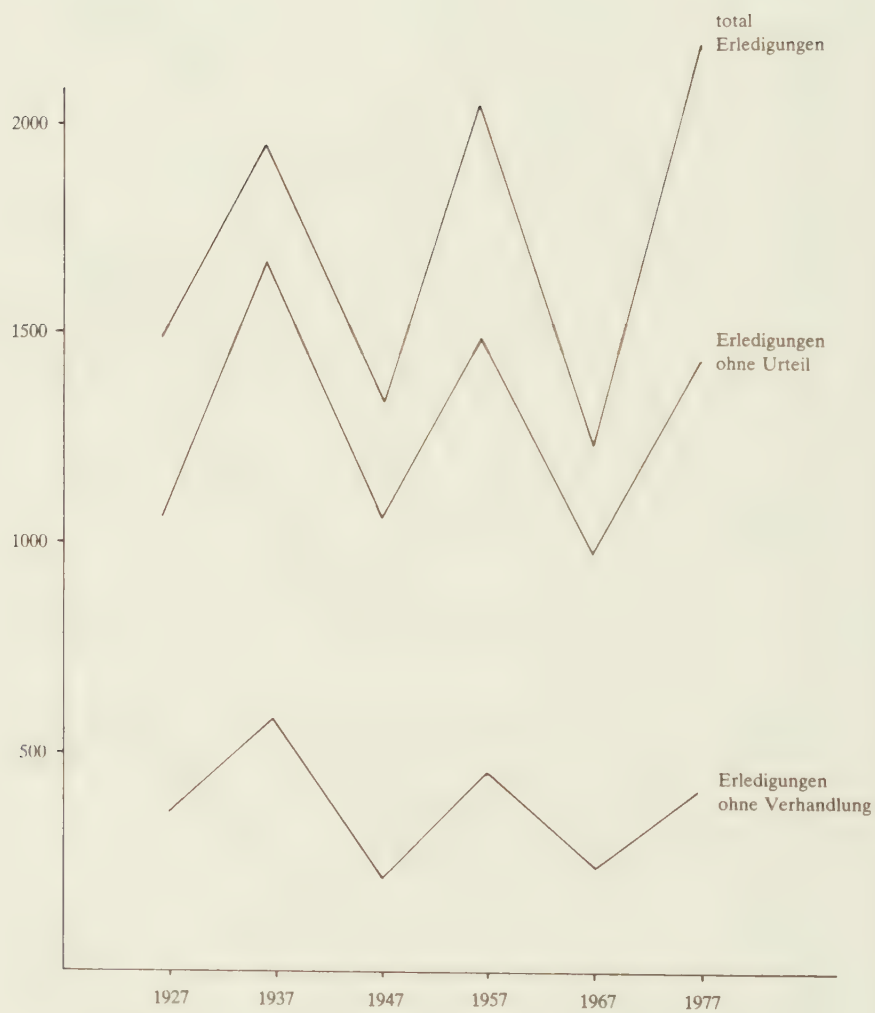
Friedensrichter (in gewöhnlichen Zivilsachen)



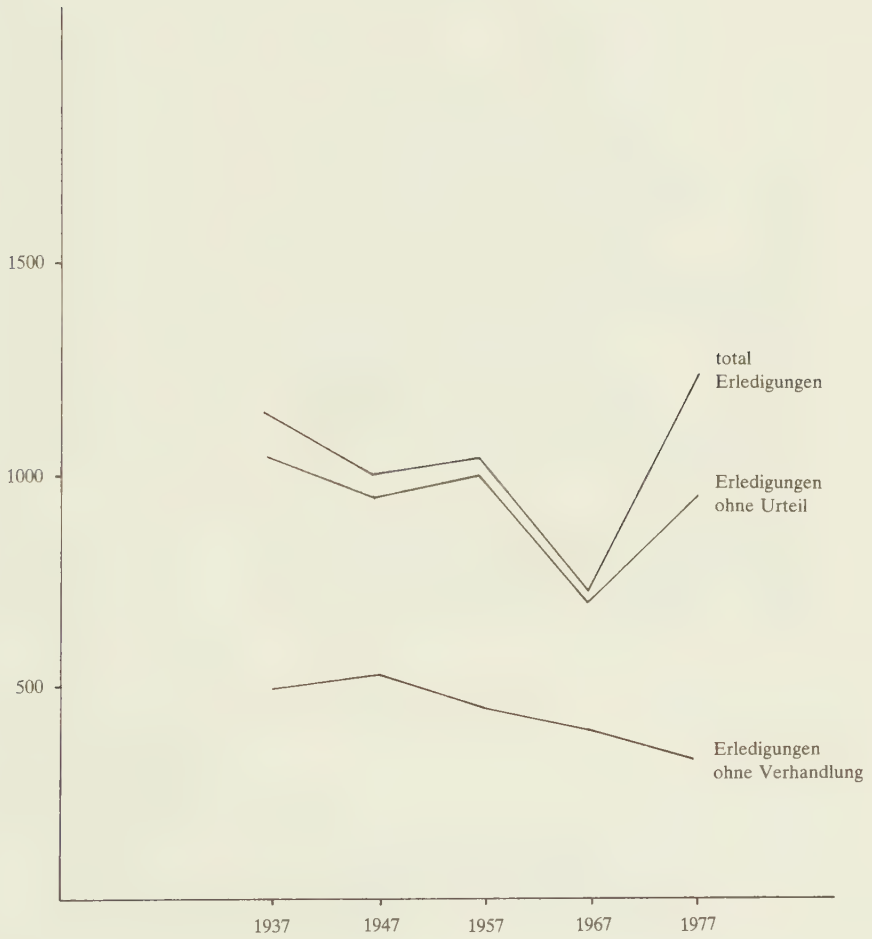
Bezirksgerichte (gewöhnliche Zivilprozesse)



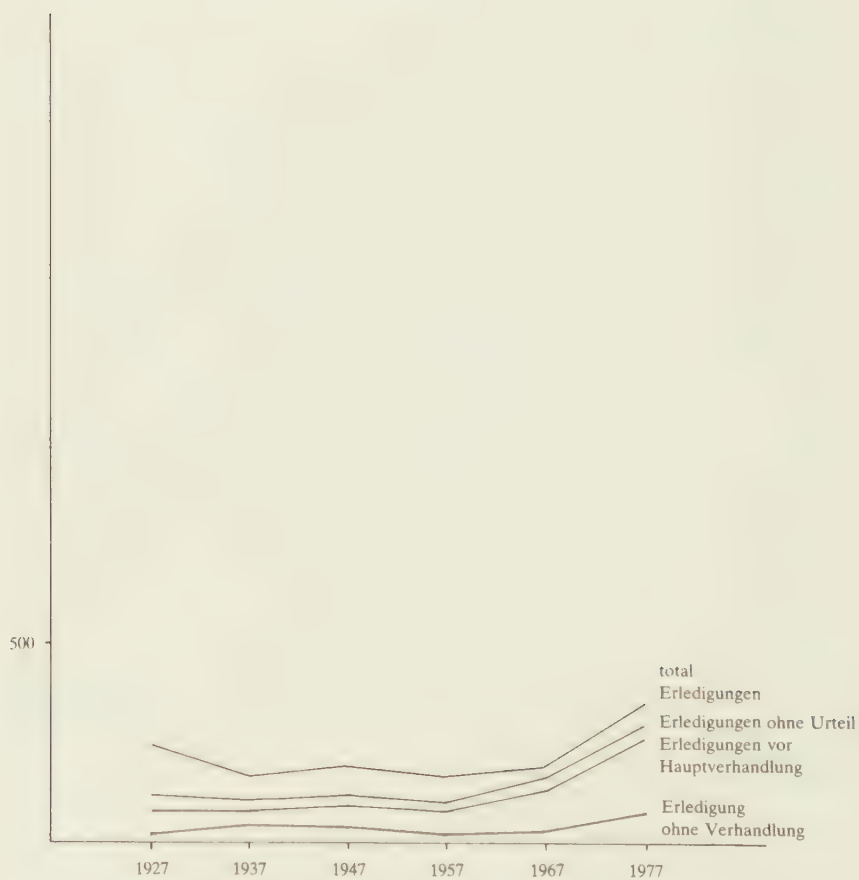
Einzelrichter (im ordentlichen Verfahren)



Arbeitsgerichte



Handelsgericht



Lebenslauf

24. 7. 1947	in Jona/Rapperswil geboren
1954/60	Primarschule in Jona/Rapperswil
1960/62	Sekundarschule in Jona/Rapperswil
1962/67	Kantonsschule Zürcher Oberland in Wetzikon, Maturität Gymnasium Typ B
1967/71	Studium an der Rechts- und Staatswissen- schaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Abschluss mit Lizentiat
1971/72	Mitarbeit beim Schweizerischen Studentenreisedienst
1972/75	Auditor und Substitut am Bezirksgericht Hinwil
1975	Anwaltsexamen des Kantons Zürich
seit 1975	Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Hinwil
10. 12. 1980	Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft

